

Die in § 5 Abs. 1
des Mutterschutzgesetzes
geregelte
Mitteilungspflicht - Ihre Verletzung
und
die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen

INAUGURAL-DISSERTATION

Der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

Vorgelegt von
HANS FISCHER
aus München

Approbiert am: 25. 2. 57

Die in § 5 Abs. 1
des Mutterschutzgesetzes
geregelte
Mitteilungspflicht - Ihre Verletzung
und
die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen

INAUGURAL-DISSERTATION

Der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen



Vorgelegt von
HANS FISCHER
aus München

Approbiert am: 25. 2. 57

Referent:

Prof. Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld

Dekan:

Prof. Dr. Karl Heinz Schwab

MEINEN ELTERN
IN
DANKBARKEIT
GEWIDMET



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548205_0044

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	
I. Geschichtliches	1
II. Statistisches	2
§ 1	
A. Die dem § 5 Abs. 1 MuSchG zugrunde liegende „ratio legis“	9
I. Schutzfunktion	9
1. Zugunsten der dem MuSchG unterliegenden erwerbstätigen Arbeitnehmerin	10
2. Zugunsten des Arbeitgebers	30
B. Die Rechtsnatur des in § 5 Abs. 1 MuSchG kodifizierten Gebotes	36
I. „Sollvorschrift“	37
II. Eventuelle Wandlung der Rechtsnatur	38
1. Treupflicht — spezieller Arbeitsbereich — hinreichendes betriebliches Interesse	39
2. Die Notwendigkeit eines objektiven Entscheidungsmaßstabes	43
C. Besondere Regelung durch Betriebsordnungen oder Tarifverträge	44
I. Betriebsordnungen	44
1. Die Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG als arbeitnehmerische „Nebenpflicht“ — Abweichung von der gesetzlichen Regelung durch Betriebsordnung	45
2. Zwingende Mitteilungspflicht auf Grund Betriebsordnung?	50
II. Tarifverträge	50
1. Möglichkeit der Abweichung von der gesetzlichen Regelung durch Tarifvertrag	51
2. Zwingende Mitteilungspflicht auf Grund Tarifvertrags?	52
3. Mehrere aufeinander folgende tarifvertragliche Regelungen	53
§ 2	
A. Die Verletzung der Mitteilungspflicht	53
I. Die Verletzungstatbestände	53
II. Schuldfragen	54
1. Vorsatz	55
2. Fahrlässigkeit	55
3. Fehlen eines Verschuldens	57
III. Rechtsfolgen der tatbestandsmäßigen und schuldhaften Handlungen und Unterlassungen	57
1. Mutterschutzrechtliche Folgen	57
2. Arbeitsvertragsrechtliche Folgen	58
IV. Fragen der Beweislast	60
1. Bei vorsätzlicher Verletzung der Meldepflicht	60
2. Bei fahrlässiger Verletzung der Meldepflicht	60

3. „Verschulden bei Vertragsschluß“	60
4. Haftungsgründe	63
5. Haftungsumfang	63
6. Die Auswirkungen der Verletzung der Meldepflicht hinsichtlich § 9 Abs. 2 MuSchG	63
7. Atypisch gelagerte Arbeitsverhältnisse	64
B. Das Problem der Anfechtbarkeit des arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnisses	64
I. Grundsätzliches	65
1. Anfechtung des vollzogenen Arbeitsvertrages	66
2. Die theoretisch-logische Anfechtbarkeit	68
3. Die sog. „praktischen Billigkeitserwägungen“ der h. L.	71
4. Vertrauensschutz? — Klagemöglichkeit gem. §§ 3, 10 KSchG	75
II. Die Anfechtung wegen Irrtums	79
1. Kann die Schutzbedürftigkeit der werdenden Mutter die Auslegung der gesetzlichen Anfechtungstatbestände beeinflussen? — „Gutgläubige“ Nichtmeldung	79
2. Der Anfechtungstatbestand des § 119 Abs. 2 BGB — eventuelle Beschränkung des Anfechtungsrechtes durch § 51 BVG?	79
3. Die Schwangerschaft als „Eigenschaft“ i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB	81
4. Die „Verkehrswesentlichkeit“ der Schwangerschaftseigenschaft	82
5. Der für unseren Problemkreis maßgebliche Irrtumsbegriff	88
6. „Verständige Würdigung“ des Falles und „Verkehrswesentlichkeit“ der Schwangerschaft	88
III. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	90
1. „Bösgläubigkeit“	90
2. Die Behauptung der Anfechtungsmöglichkeit gem. § 123 Abs. 1 BGB	94
3. Das Problem der Beweisführung und seine Lösung	95
§ 3	
Gedanken „de lege ferenda“	98
I. Ausgangspunkt	98
1. Die Motive des Gesetzgebers	98
2. Die Mängel der derzeitigen Regelung	98
II. Lösungsvorschlag	
1. Zwingende Statuierung der Mitteilungspflicht	100
2. Praktische Durchführung	101
3. Die Neufassung des § 5 Abs. 1 MuSchG	102

LITERATURVERZEICHNIS

A) Systematische Werke und Aufsätze:

- Arndt-Teichmann, „Das Mutterschutzgesetz v. 24. 1. 1952“ 2. Aufl., Hamburg 1954,
- Aye, „Das Mutterschutzgesetz v. 24. 1. 1952“ 2. Aufl., Essen 1953,
- Beitzke, „Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen“, Schloß Bleckede a. d. Elbe 1948,
- Bertermann, „Die Anfechtung des Arbeitsvertrages“, Bl. f. StR. Soz. Vers.AR. 1950 S. 105 ff.,
- Blomeyer, „Allgemeines Schuldrecht“ 2. Aufl., Berlin 1957,
- Bulla, „Das Arbeitsentgelt während der Beschäftigungsverbote des Mutterschutzgesetzes“, „Betrieb“ 1953 S. 734 ff.,
- Bulla, Kommentar zum Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, München und Berlin 1954,
- Bürger, „Betriebspraktische Fragen aus dem Mutterschutzgesetz“, Bl. f. StR.Soz.Vers.AR. 1953 S. 219 ff.,
- Bührig-Wittholz-Paulsen, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Köln 1952,
- Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., Jena 1922,
- Denecke, „Rechtsnachfolge in den Betrieb: Übergang des Arbeitsverhältnisses“, BB 1950 S. 679 ff.,
- Dietz, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, München und Berlin 1955,
- Eisel, „Das Mutterschutzgesetz und seine Auslegung“ Essen 1953, Stand 1. 3. 1956,
- Endemann, „Der Kündigungsschutz der werdenden Mutter“, RdA 1953 S. 11 ff.,
- Endemann, „Der Lohnanspruch der werdenden Mutter“, AuR 1953 S. 271 ff.,
- Endemann, „Der vorbestrafte Arbeitnehmer“, BB 1953 S. 266 ff.,
- Endemann, „Zweifelsfragen zum Kündigungsverbot gem. § 9 MuSchG“, „Arbeitgeber“ 1952 S. 268 ff.,
- Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., Tübingen 1954,
- Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., Teil I, Tübingen 1952 und Teil II, Tübingen 1955,
- Fittig-Kraegeloh, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Berlin und Frankf./M. 1953,
- Frey, „Können Arbeitsverhältnisse angefochten werden?“, AuR 1953 S. 167 ff.,
- Gröninger, Kommentar zum Mutterschutzgesetz, Frankf./M. 1954,

IV

- Grüll, „Das Sonderarbeitsrecht der weiblichen Arbeitnehmer, unter besonderer Berücksichtigung des Mutterschutzgesetzes, mit Erlassen und Hinweisen“, Berlin-Frohnau und Neuwied a. Rh. 1952,
- Grüning-Zellmer, „Arbeitsschutzvorschriften für die werdende Mutter“, Köln 1953,
- Herschel, „Das Mutterschutzgesetz“, BABl. 1952 S. 102 ff.,
- Herschel-Steinmann, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1955,
- Hessel, „Streikrecht und Arbeitsvertrag“ RdA 1952 S. 48 ff.,
- Hueck, Anmerkung z. BGH — Beschluß vom 24. 10. 1951 (II ZR 109/50) RdA 1952 S. 37 ff.,
- Hueck, „Die Auflösung eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses“, BB 1952 S. 263 ff.,
- Hueck, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, Jena 1938: „Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit“,
- Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., München und Berlin 1954,
- Hueck, „Zusätzliche soziale Leistungen bei Betriebsübergang“, BB 1951 S. 365 ff.,
- Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Berlin und Frankf./M. 1955,
- Hueck-Nipperdey-Tophoven, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., München und Berlin 1955,
- Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechtes, Leipzig 1927,
- Jäger-Aichberger, „Die Wochenhilfe“, Kommentar zu den Vorschriften der RVO über Wochenhilfe, des MuSchG über Mutterschaftsfürsorge und der Fürsorgepflichtverordnung über Wochenfürsorge, 6. Aufl., München-Berlin 1954,
- Kaskel, „Arbeitsrecht“, 3. Aufl., Berlin 1928,
- Kauffmann, „Die Anfechtung des Arbeitsverhältnisses“, „Betrieb“ 1953 S. 21 ff.,
- Koch, „Die Betriebsvereinbarung“, Bl. f. StR.Soz.Vers.AR. 1954 S. 267 ff.,
- Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Kommentar zur Gewerbeordnung, 11. Aufl., München und Berlin 1956,
- Larenz, Anmerkung zu ArbG Bremen in AP 1954 Bl. 30 ff.,
- Leonhard, „Allgemeines Schuldrecht“, München 1929,
- Maus, Handbuch des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Baden-Baden und Frankf./M., Stand Juni 1956,
- Maus, „Das Recht des Arbeitsvertrags“, Frankf./M. 1947,
- Mayr, „Probleme des Mutterschutzgesetzes“, AuR 1953 S. 304 ff.,
- Meissinger, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, München 1952,

- Molitor, „Grundsätzliches zum Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes“ Bl. f. StR. Soz. Vers. AR. 1953 S. 250 ff.,
- Molitor, „Die Kündigung“, 2. Aufl., Mannheim 1951,
- Neumann-Duesberg, „Wirkungsgrenzen der Betriebsordnung und Betriebsvereinbarung“, RdA 1949 S. 48 ff.,
- Nikisch, „Arbeitsrecht“, 2. Aufl., Tübingen 1955,
- Nikisch, „Streik und Arbeitnehmer“, BB 1952 S. 722 ff.,
- Nipperdey, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin 1937 S. 257 ff., „Die Lehre vom Ordnungs-, Leistungs- und Spezialitätsprinzip“,
- Peters, Kommentar zum Mutterschutzgesetz, Lübeck 1953,
- Peters, „Wochenhilfe und Wochenfürsorge“, Lübeck 1953,
- Ramm, „Die Anfechtung des Arbeitsvertrags“, Karlsruhe 1955,
- Reckenfelderbäumer, „Mitteilung der Schwangerschaft nach Kündigung“, BB 1954 S. 163 ff.,
- Rewolle-Köst, Handkommentar zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954,
- RGR, Kommentar zum BGB, Bd. 2, 10. Aufl., Berlin 1953,
- Rohlfing, „Hauptprobleme des Lehrvertragsrechts“, RdA 1950 S. 328 ff.,
- Rohlfing, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Frankfurt a. Main 1953,
- Schmaltz, „Die Entlassung“, 5. Aufl., Hamburg 1951,
- Schmidt-Bauer, Kommentar zum Mutterschutzgesetz, Leipzig 1942,
- Schnorr von Carolsfeld, „Arbeitsrecht“, 2. Aufl., Göttingen 1954,
- Schnorr von Carolsfeld, „Beiträge zur Lehre vom Vergleich“, Breslau 1929,
- Schnorr von Carolsfeld, „Familienrecht“, Erlangen 1948,
- Schnorr von Carolsfeld, „Geschichte der juristischen Person“ Bd. 1, München 1933,
- Schulte Langforth, „Das neue Bundes-Mutterschutzgesetz“, BB 1952 S. 63 ff.,
- Schulte Langforth, „Das Mutterschutzgesetz in der Rechtsprechung (II)“, BABl. 1953 S. 405 ff.,
- Schulte Langforth, „Das Mutterschutzgesetz in der Rechtsprechung (III)“, BABl. 1954 S. 83 ff.,
- Schulte Langforth, „Mitteilung der Schwangerschaft nach Kündigung“, BB 1953 S. 738 ff.,
- Seibertz, „Die Frage der Günstigkeit im Tarifrecht“, BB 1950 S. 652 ff.,
- Siebert, „Kollektivmacht und Individualsphäre beim Arbeitsverhältnis“, BB 1953 S. 241 ff.,
- Siebert, „Zum Abschluß von Lehrverträgen — die Geschäftsfähigkeit des Lehrlings“, BB 1951 S. 196 ff.,
- Soergel-Bauer, Kommentar zum BGB, Bd. II, 8. Aufl., Stuttgart und Köln 1952,

VI

Staudinger-Coing,	Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Bd. II, 2. Teil, Berlin 1955,
Staudinger-Nipperdey,	Kommentar zum BGB, 10. Aufl., Bd. II, Teil 2 und 3, Berlin und München 1939,
Staudinger-Riezler,	Kommentar zum BGB, 10. Aufl., Bd. I, München-Berlin und Leipzig 1936,
Theuerkauf,	Kommentar zum Mutterschutzgesetz, 2. Aufl., Köln 1954,
Theuerkauf-Harmuth,	Kommentar zum Mutterschutzgesetz, Köln 1952,
Vierteljahresberichte,	„Vierteljahresberichte der bayr. Gewerbeaufsicht und Arbeitsmedizin“ für die Zeit vom 1. 1. 1952 bis 31. 12. 1955, Amtsbl. Bayer.Arb.Min. 1952 S. 109 ff., 160 ff.; 1953 S. 34 ff., 82 A ff., 123 ff., 166 A ff.; 1954 S. A 23 ff., A 82 ff., A 145 ff., A 197 ff.; 1955 S. A 52 ff., A 105 ff., A 185 ff., A 276 ff.; 1956 S. A 69,
Weibel-Antoine,	Lehrbuch der Frauenheilkunde, 8. Aufl., München-Wien 1949,
Zigan,	Kommentar zum Schwerbeschädigtengesetz, Heidelberg 1953.

B) Zeitschriften:

Amtsblatt des Bayerischen Arbeitsministeriums	Amtsbl. Bayer. Arb. Min.
Arbeit und Recht	AuR
Arbeit- und Sozialpolitik	Arb. u. Soz. Pol.
Arbeits- und Sozialrecht	Arb. u. Soz. R.
Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht	Bl. f. StR.Soz.Vers.AR.
Bundesarbeitsblatt	BABl.
Der Arbeitgeber	Arbeitgeber
Der Betrieb	Betrieb
Der Betriebsberater	BB
Juristische Wochenschrift	JW
Monatsschrift für Deutsches Recht	MDR
Neue Juristische Wochenschrift	NJW
Recht der Arbeit	RdA

C) Entscheidungssammlungen:

Arbeitsrechtliche Praxis	AP
Arbeitsrecht in Stichworten	ARSt
Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	BGHZ
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts	RAGE
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts in Arbeitsrechts-Sammlung	RAG in ARS
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen	RGSt
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	RGZ

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

(der hauptsächlich gebrauchten Abkürzungen)

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angemarkten Ort
Abs.	Absatz
amtl.	amtlich
Anh.	Anhang
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934 (RGBl. I, 45)
AR	Arbeitsrecht
ArbG	Arbeitsgericht
Arch. ziv. Pr.	Archiv für zivilistische Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bay.	Bayern
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Bundestag
Bulla	Kommentar zum Mutterschutzgesetz und Frauen- arbeitsrecht, 1954
BVG	Betriebsverfassungsgesetz v. 11. 10. 1952 (BGBl. 1952, S. 681)
Drucks.	Drucksache
Erl. d. RAM	Erlaß des Reichsarbeitsministers
F.	Fußnote
GAA	Gewerbeaufsichtsamt
GewO	Gewerbeordnung vom 17. 7. 1878 (RGBl. S. 149)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 1949
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts; begründet von Gruchot
Handb. d. AR	Handbuch des Arbeitsrechts
Handkomm.	Handkommentar
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
i. d. F.	in der Fassung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 10. 8. 1951 (BGBl. S. 499)

VIII

LAG	Landesarbeitsgericht
m. E.	meines Erachtens
MuSchG	Mutterschutzgesetz vom 14. 1. 1952 (BGBl. I, S. 69)
MuSchG 42	Mutterschutzgesetz vom 17. 5. 1942 (RGBl. I, S. 321)
MSchVOfB	Verordnung über den Mutterschutz von Beamtinnen vom 19. 7. 1954 (BGBl. I, S. 214)
Nr.	Nummer
RABl.	Reichsarbeitsblatt
RAM.	Reichsarbeitsministerium
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung vom 19. 7. 1911 (RGBl. S. 509)
S.	Seite
Schnorr von Carolsfeld a. a. O.	Schnorr von Carolsfeld „Arbeitsrecht“ 2. Aufl. 1954
SchwBeschG	Schwerbeschädigtengesetz vom 16. 6. 1953 (BGBl. I, S. 389)
TVG	Tarifvertragsgesetz vom 9. 4. 1949 (BGBl. 52 I, S. 19)
u. U.	unter Umständen
Verf.	Verfassung
Veröffentl.	Veröffentlichung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
z.	zu
Ziff.	Ziffer

Einleitung:

I. Geschichtliches:

Der Arbeitsschutz ist eines der zentralen Anliegen der Sozialpolitik, deren Ziel u. a. die bestmögliche Gestaltung der Lebensbedingungen und damit insbesondere der Arbeitsverhältnisse der arbeitenden Menschen ist. Arbeitswille und Arbeitskraft, letztere als geschütztes Rechtsgut¹⁾ der Arbeitnehmerpersönlichkeit einerseits und als Grundpfeiler der völkischen Existenz und eines gesunden Wirtschaftsgefüges andererseits, sollen erhalten und darüber hinaus gesteigert werden.

Der Mutterschutz ist Teil des allgemeinen Arbeitsschutzes. Die Mutterschutzgesetzgebung stellt somit eine sozialpolitische Maßnahme dar, d. h. sie ist Teil der Gesamtheit der Maßnahmen, die auf die Erreichung des sozialpolitischen Ziels schlechthin abstellen.

Schon in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erfuhr der Mutterschutz für Schwangere und Wöchnerinnen, als besonderer Mutterschutz gegenüber dem allgemeinen Arbeitsschutz der erwerbstätigen Frau, eine spezielle gesetzliche Regelung. Die erhebliche Zunahme der industriellen Frauenarbeit, bedingt durch die ungeheuerere Entwicklung der Industrie, ließ das Bedürfnis einer etwaigen gesetzlichen Regelung nachhaltig in Erscheinung treten.

Zu erwähnen ist hier in erster Linie²⁾ die Novelle zur GewO vom 17. 7. 1878 (RGBl. S. 199), deren spezieller Charakter durch das beinhalten Beschäftigungsverbot für Wöchnerinnen (§ 135) gekennzeichnet wurde. (Ergänzend hierzu: Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. 6. 1883, RGBl. S. 73; Novelle von 1892, RGBl. S. 379, 417; Novelle von 1903, RGBl. S. 233). Weiter zu erwähnen sind noch die Novellen zur GewO vom 1. 6. 1891 (RGBl. S. 261), vom 28. 12. 1908 (RGBl. S. 667, in Kraft getreten am 1. 1. 1910). Auch sind seit 1900 zahlreiche Verordnungen über gesundheitsschädliche Betriebe vom Reich bzw. den einzelnen Bundesstaaten erlassen worden.

Nach einer Unterbrechung der kontinuierlichen Entwicklung des gesetzlichen Mutterschutzes in Deutschland durch den ersten Weltkrieg, brachte die ersten Schutzvorschriften für berufstätige, schwangere oder niedergekommene Frauen erst wieder die VO über die Arbeitszeit vom 21. 12. 1923 (RGBl. I S. 1249 in d. F. d. Bekanntmachung vom 14. 4. 1927; RGBl. I S. 110).

¹⁾ Verf. Bay. Art. 167 Abs. 1: „Die menschliche Arbeitskraft ist als wertvollstes wirtschaftliches Gut eines Volkes gegen Ausbeutung, Betriebsgefahren und sonstige gesundheitliche Schädigungen geschützt.“

²⁾ Bull a, Teil B. Einleitung Anm. 2 ff.

Am 29. 10. 1919 wurde von der IAO in Washington das Übereinkommen Nr. 3 betreffend die Beschäftigung der Frauen vor und nach der Niederkunft angenommen. Von Deutschland wurde dieses Abkommen durch Gesetz vom 16. 7. 1927 (RGBl II S. 497) ratifiziert.

Die zusammenfassende Regelung des gesetzlichen Mutterschutzes wurde dem Gesetz über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft vom 16. 7. 1927 (RGBl I S. 184) überlassen. (Abgeändert wurde dieses Gesetz durch das Gesetz vom 29. 10. 1927 (RGBl I S. 325; ergänzt wurde es durch das sozialversicherungsrechtliche Gesetz über Wochenhilfe vom 18. 5. 1929 (RGBl I S. 98). Da die bisherigen gesetzlichen Regelungen, insbesondere aufgrund der Kollision des MuSchG 1927 mit den Vorschriften betreffend die Wochenhilfeleistungen der RVO, keine vollkommene gesetzliche Handhabe zum Schutze der Mutter boten, wurden Reformarbeiten aufgenommen. Diese zeitigten bereits 1937 Früchte in Form der Richtlinien für die freiwillige Durchführung eines erweiterten Mutterschutzes. Diese Richtlinien enthielten auch den Passus:

„Der voraussichtliche Zeitpunkt der Niederkunft muß der Betriebsleitung durch ein ärztliches Zeugnis nachgewiesen werden.“

Damit war zum ersten Male konkret die Mitteilungspflicht der Schwangeren zum Ausdruck gekommen.

Die Entstehung des MuSchG vom 17. 5. 1942 (RGBl I S. 321) war kriegsbedingt³⁾. Die Neuregelungen bezüglich des Geltungsbereiches der Beschäftigungsverbote und der Kündigungsbeschränkung enthielten wesentliche Verbesserungen gegenüber dem Gesetz von 1927. Bezüglich der gesetzlichen Mitteilungspflicht der werdenden Mütter enthielt das MuSchG von 1942 in § 8 bereits eine dem § 5 des MuSchG vom 24. 1. 52 entsprechende Regelung⁴⁾.

Bereits in seiner Sitzung vom 20./21. 10. 1949 gab der BT einem Antrag statt, ein völlig neues MuSchG mit erweitertem persönlichem Geltungsbereich vorzulegen. Am 24. 1. 1952 trat das heute geltende MuSchG vom 24. 1. 1952 in Kraft⁵⁾.

Diese stete Entwicklung des gesetzlichen Mutterschutzes bis zu seinem heutigen Stand läßt den sozialpolitischen Fortschritt auf diesem Gesetzgebungssektor erkennen.

II. Statistisches:

Die praktische Bedeutung des mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutzes läßt sich am besten an Hand von Beispielen aus dem Arbeitsleben

³⁾ Vgl. Veröffentl. d. Amtl. Begründung in RABl. 1942 S. III 159.

⁴⁾ Vgl. auch Ziff. 34 AusfVO 1942.

⁵⁾ beruht auf Initiativantrag der SPD-Fraktion vom 18. 7. 1950, BT-Drucks. 1182.

und insbesondere mittels konkreter Zahlen veranschaulichen. Es sollen hier die zahlenmäßigen Angaben betreffend die Zweigniederlassung eines Industrierwerkes und die vom GAA für Bayern errechneten Zahlen einen Überblick bieten.

1. Durch das Entgegenkommen der sozialpolitischen Abteilung eines Industrierwerkes war es zu ermöglichen, hinsichtlich eines dem genannten Werk zugehörnden Zweigbetriebes folgende für unseren Problemkreis interessierende Daten des Arbeitsjahres 1954 zu erhalten:

a) Monatsdurchschnitt der weiblichen Mitarbeiterinnen: 1506

b) Schwangerschaftsmeldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG: 94.

Das entspricht einem Durchschnitt von 6,2 %. Zu erwähnen ist jedoch hierzu, daß im Juni 1955 der monatliche Durchschnitt der Schwangerschaftsmeldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG bei 60—70 Frauen lag. Dies entspricht einem Prozentsatz von ca. 10—12 % bei einem weiblichen Belegschaftsstand (Juni 1955) von rund 2000 Frauen.

Interessant erscheint hinsichtlich der Frage nach der finanziellen Belastung des Betriebs infolge der Durchführung des MuSchG im Jahre 1954, daß nur versicherungspflichtige Arbeitnehmerinnen zu verzeichnen waren und ein Arbeitsentgelt während der Schutzzeit deshalb nicht gezahlt wurde (§§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 MuSchG).

Die Frage nach der finanziellen Belastung des Betriebs durch Einstellung von Ersatzkräften für nicht arbeitende Mütter konnte nicht beantwortet werden, da es praktisch nicht möglich war, den wirklichen Mehraufwand auch nur annähernd zu beziffern. Es handelte sich zumeist um Anteile, die durch vorübergehende Minderleistung entstehen, sowie notwendige Überlappungen. Die Zuschlagszahlungen für erforderliche Umsetzungen zu leichteren Arbeiten (respektive von Schichtarbeit) betrugen rund DM 1000.

Es waren weder Gerichtsverfahren anhängig, noch wurden Zustimmungen zu ausnahmsweiser Kündigung gem. § 9 Abs. 2 MuSchG beantragt.

2. Den unter II 1 aufgeführten Daten eines Einzelfrauenbetriebes sollen vergleichsweise die Ergebnisse der Erhebungen der Gewerbeaufsicht und Arbeitsmedizin in Bayern für die Zeit seit dem Inkrafttreten des MuSchG vom 24. 1. 1952 (§ 26 Abs. 1 MuSchG) bis Ende des Jahres 1955 gegenüber gestellt werden:

Vierteljahresberichte der bayerischen Gewerbeaufsicht und Arbeitsmedizin für die Zeit vom

a) 1. 1. bis 31. 3. 1952⁶⁾:

Bezeichnend für diesen Zeitabschnitt, in den das Inkrafttreten des MuSchG (vom 24. 1. 1952) fällt, ist die Feststellung der Gewerbe-

⁶⁾ Amtsbl. Bayer. Arb.Min. 1952 S. 109.

aufsicht, daß die zum Teil erweiterten Bestimmungen (gegenüber MuSchG 42) des neuen MuSchG zu zahlreichen Anfragen, insbesondere seitens der werdenden Mütter geführt haben. Auch bei den Betriebsbesichtigungen war ein gesteigertes Interesse festzustellen, das dem neuen MuSchG entgegengebracht wurde. Konkrete Zahlen betreffend das MuSchG 52, vor allem die Zahl der Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG konnten für diesen Zeitraum noch nicht angegeben werden.

Zahl der Verstöße gegen Beschäftigungsverbote: 17.

b) 1. 4. bis 30. 6. 1952⁷⁾:

Aufgrund der Bestimmungen des § 5 Abs. 1 MuSchG wurden in steigendem Maße die vorgeschriebenen Meldungen über die Anzeige der Schwangerschaft bei den Gewerbeaufsichtsämtern eingereicht.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG seit Inkrafttreten des Gesetzes:

1461

Davon aus Land- und Hauswirtschaft:

20

Zu widerhandlungen gegen Beschäftigungsverbote

131

c) 1. 7. bis 30. 9. 1952⁸⁾:

Es wurde weiterhin steigendes Interesse für das MuSchG verzeichnet.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG:

1409

Davon aus Land- und Hauswirtschaft

4

Zu widerhandlungen gegen Beschäftigungsverbote

101

d) 1. 10. bis 31. 12. 1952⁹⁾:

In diesem Zeitabschnitt wurde die Annahme begründet, daß die Bestimmungen des MuSchG noch nicht genügend bekannt seien.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG:

1211

Davon aus Land- und Hauswirtschaft

6

Zu widerhandlungen gegen Beschäftigungsverbote

123

e) 1. 1. bis 31. 3. 1953¹⁰⁾:

Hier wurde von den Gewerbeaufsichtsämtern insbesondere die Unkenntnis des MuSchG in Kreisen der Landwirtschaft bemängelt.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden)

1262

Land- und Hauswirtschaft

7

Beanstandungen aufgrund Zu widerhandlungen gegen das MuSchG

170

Überprüfung von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft

11

⁷⁾ Amtsbl. Bayer. Arb.Min. 1952 S. 160.

⁸⁾ a.a.O. 1952 S. 228.

⁹⁾ a.a.O. 1953 S. 34.

¹⁰⁾ a.a.O. 1953 S. 82 A.

f) 1. 4. bis 30. 6. 1953¹¹⁾:

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden)

1013

Land- und Hauswirtschaft

5

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen
gegen das MuSchG

177

Überprüfung von Mutterschutzfällen in Land-
und Hauswirtschaft

19

g) 1. 7. bis 30. 9. 1953¹²⁾:

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden)

1290

Land- und Hauswirtschaft

12

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen
gegen das MuSchG

194

Überprüfung von Mutterschutzfällen in Land-
und Hauswirtschaft

12

h) 1. 10 bis 31. 12. 1953¹³⁾:

Es zeigte sich sowohl bei den Betriebsbesichtigungen, als auch aufgrund der Anfragen seitens der werdenden Mütter immer wieder mangelnde Kenntnis der Bestimmungen des MuSchG. Außerdem war der geringe Anteil der Meldungen aus Haus- und Landwirtschaft zu bemängeln.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden)

1525

Land- und Hauswirtschaft

24

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen
gegen das MuSchG

195

Überprüfung von Mutterschutzfällen in Land-
und Hauswirtschaft

5

i) 1. 1. bis 31. 3. 1954¹⁴⁾:

Es wurde festgestellt, daß in vielen Betrieben noch kein Abdruck des MuSchG aufgelegt war, entgegen den Bestimmungen des § 17 MuSchG. Wachsender Schrift- und Parteiverkehr in Mutterschutzangelegenheiten war zu verzeichnen (bei einem GAA haben in einem Monat 59 werdende Mütter vorgesprochen).

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden)

1580

Land- und Hauswirtschaft

10

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen
gegen das MuSchG

176

¹¹⁾ Amtsbl. Bayer. Arb.Min. 1953 S. A 123.

¹²⁾ a.a.O. 1953 S. 166 A.

¹³⁾ a.a.O. 1954 S. A 23.

¹⁴⁾ a.a.O. 1954 S. A 82.

Überprüfung von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft

9

k) 1. 4. bis 30. 6. 1954¹⁵⁾:

Festgestellt wurde aufgrund konkreter Angaben von Arbeitgeberseite, daß werdende Mütter, insbesondere unverheiratete, ihren Zustand so lange als möglich verheimlichen, um den angewohnten Arbeitsplatz nicht zu verlieren.

Von einem einzelnen GAA wurden 127 werdende Mütter beraten.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden) 1433

Land- und Hauswirtschaft 13

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG 144

Überprüfung von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft

4

l) 1. 7. bis 30. 9. 1954¹⁶⁾:

In größeren Betrieben wurde im allgemeinen Rücksicht auf werdende Mütter entsprechend dem MuSchG genommen, insbesondere durch Zuweisung passender Arbeit. Schwierigkeiten gab es dagegen in kleineren Betrieben, vor allem in Schankwirtschaften, Beherbergungsgewerben und Privathaushalten.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden) 1511

Land- und Hauswirtschaft 6

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG 219

Überprüfungen von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft

7

m) 1. 10 bis 31. 12. 1954¹⁷⁾:

Namentlich in kleineren Betrieben war eine erschreckende Unkenntnis des MuSchG zu verzeichnen.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden) 1686

Land- und Hauswirtschaft 8

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG 274

Überprüfungen von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft

3

n) 1. 1. bis 31. 3. 1955¹⁸⁾:

Im Berichtszeitraum wurde immer wieder festgestellt, daß werdende

¹⁵⁾ Amtsbl. Bayer. Arb.Min. 1954 S. A 145.

¹⁶⁾ a.a.O. 1954 S. A 197.

¹⁷⁾ a.a.O. 1955 S. A 52.

¹⁸⁾ Amtsbl. Bayer. Arb.Min. 1955 S. A 105.

Mütter einer schriftlichen Kündigung ohne weiteres zustimmen. Beim GAA wurde erst dann vorgesprochen, wenn vom Arbeitsamt die Unterstützung gesperrt wurde.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden) 1754

Land- und Hauswirtschaft 13

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG 180

Überprüfungen von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft 9

o) 1. 4. bis 30. 6. 1955¹⁹⁾:

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden) 1745

Land- und Hauswirtschaft 8

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG 209

Überprüfungen von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft 7

p) 1. 7. bis 30. 9. 1955²⁰⁾:

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden) 1755

Land- und Hauswirtschaft 11

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG 254

Überprüfungen von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft 13

q) 1. 10. bis 31. 12. 1955²¹⁾:

Verschiedentlich wurde festgestellt, daß werdende Mütter ihre Schwangerschaft nicht bekannt gaben, weil sie Verdienstaussfälle befürchteten, die durch Kürzung der Arbeitszeit oder Verbot der Nachtarbeit entstehen.

Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG

(gewerbliche Betriebe, Verwaltungen, Behörden) 2249

Land- und Hauswirtschaft 20

Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG 280

Überprüfungen von Mutterschutzfällen in Land- und Hauswirtschaft 18

3. Ein Vergleich der Massenbeobachtungen unter I 1 und I 2 läßt sowohl im Einzelbetriebe, wie auch in sämtlichen der bayerischen Gewerbeaufsicht unterstehenden Betrieben dieselben Tendenzen er-

¹⁹⁾ a.a.O. 1955 S. A 185.

²⁰⁾ a.a.O. 1955 S. A 276.

²¹⁾ Amtsbl. Bayer. Arb.Min. 1956 S. A 69.

kennen. Die Zahlenangaben aus der Praxis haben die wachsende „Popularität“ des MuSchG 52 bewiesen. Die Zunahme der Kenntnis des MuSchG 52 beweist schon die erfreuliche Tatsache, daß in einem Betrieb mit einem Monatsdurchschnitt von 1506 weiblichen Mitarbeiterinnen die Schwangerschaftsmeldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG im Jahre 1954 bei einer Zahl von 94 Meldungen einen Durchschnitt von 6,2 % erreichten, während im Jahre 1955 der monatliche Durchschnitt der Meldungen 60—70 betrug, was einem Prozentsatz von 10—12 % gleichkommt. Dies bedeutet eine Zunahme der Meldungen um nahezu 100 % innerhalb eines Jahres!

Betrachtet man die Zahlen der Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG der Bayerischen Gewerbeaufsicht in der Zeit seit Inkrafttreten des MuSchG bis Ende des Jahres 1955, so läßt sich auch hier nahezu eine Verdoppelung der durchschnittlich erfolgten Meldungen feststellen, wenn auch nicht in regelmäßig steigender Tendenz.

Viel zu gering erscheint der Anteil der Meldungen aus Land- und Hauswirtschaft. Die Behebung dieses Mangels ist jedoch nur auf rein praktischem Wege denkbar, so z. B. durch intensive Aufklärungs- bzw. Überwachungstätigkeit der Gewerbeaufsichtsämter auf diesem Sektor.

Beruhigend mag ein gewisser prozentualer Rückgang der Beanstandungen aufgrund Zuwiderhandlungen gegen das MuSchG erscheinen. Dem prozentualen Steigen der Meldungen gem. § 5 Abs. 1 MuSchG haben die Verstöße nicht annähernd Schritt gehalten. Diese erfreuliche Feststellung kann andererseits über die Tatsache nicht hinwegtäuschen, daß leider noch vielfach Verletzungen der Bestimmungen des MuSchG vorkommen, die strengstes Durchgreifen der Gewerbeaufsichtsämter erfordern und die Strafsanktionen der mutterschutzrechtlichen Strafvorschriften in vollstem Umfange gerechtfertigt erscheinen lassen. Zur Veranschaulichung seien einige solcher Fälle aufgezählt:

In einem Glaswerk war eine werdende Mutter mit dem Heben von schweren Lasten regelmäßig beschäftigt worden, deren Einzelgewicht 25—30 kg betrug (vgl. § 4 Abs. 2 a MuSchG). Als sie mitteilte, daß sie aufgrund ihres Zustandes diese Arbeit nicht mehr leisten könne, wurde ihr gekündigt. Die Kündigung war gem. § 9 Abs. 1 MuSchG nichtig, das GAA veranlaßte die Zuweisung einer andersartigen zulässigen Tätigkeit.

Ein Glaswerk, welches aufgefordert worden war, werdende Mütter nur mit leichten Arbeiten zu beschäftigen, ging z. B. dazu über, sich durch die Arbeitnehmerinnen bestätigen zu lassen, daß sie nur auf drei Monate vorübergehend eingestellt werden, um so die Bestimmung des § 9 Abs. 1 MuSchG zu umgehen.

Ein größeres Kaufhaus versuchte, mit Kettenarbeitsverträgen den Kündigungsschutz des MuSchG zu umgehen. Erst auf energisches Eingreifen des GAA wurden die werdenden Mütter wieder am alten Platz beschäftigt.

Eine werdende Mutter, die im fünften Monat schwanger war, wurde an einer Besäumsäge zum Abnehmen von 1,9 m langen Säumligen, die bis zu einer Höhe von 1,8 m auf den Wagen zu schlichten waren, beschäftigt (vgl. § 4 Abs. 1, Abs. 2 a, b, c MuSchG).

An einer Glasschleifmaschine wurde eine werdende Mutter beschäftigt. Sie hatte die Arbeit ständig in gebückter Haltung zu verrichten (vgl. § 4 Abs. 2 c MuSchG).

In einer Strickerei wurde eine werdende Mutter im achten Monat bei stehender Arbeit im Akkord beschäftigt (vgl. § 3 Abs. 2 b, § 4 Abs. 2 b, h MuSchG).

In einer Glasfabrik wurde eine werdende Mutter in der ersten Schicht von 4—13 Uhr und in der zweiten Schicht von 13—22 Uhr mit je einer halben Stunde Pause beschäftigt (vgl. § 8 Abs. 1, Abs. 2 c MuSchG).

Eine Schwangere war in einer Porzellanfabrik als Porzellandreherin tätig. Es bestand akute Gefahr einer Silikose-Erkrankung (vgl. § 4 Abs. 1, Abs. 2 ff. MuSchG).

4. Gerade derartige Fälle wie die letztgenannten, lassen mit aller Deutlichkeit die tragende sozialpolitische Aufgabe erkennen, die dem MuSchG zum Wohle der werdenden Mutter und zum Schutze der kommenden Generationen zukommt.

Es ist Aufgabe der ausführenden Juristen, dieses Gesetz mit Vernunft und Takt zu interpretieren, um einen für beide Teile befriedigenden Ausweg aus der Interessenkollision der Sozialpartner zu finden. Maßgebend für die Auslegung des MuSchG kann nur „das Ziel des körperlichen Schutzes der Frau und des werdenden Menschen, seine Geburt und seine Erhaltung“²²⁾ sein. Letzteres ergibt sich aus Art. 6 Abs. 4 GG.

A) Die dem § 5 Abs. 1 MuSchG zugrunde liegende „ratio legis“.

I. Schutzfunktion:

Die dem MuSchG vom 24. 1. 1952 zugrunde liegende „ratio legis“ ist die Gewährung eines besonderen Arbeitsschutzes, in Form von Beschäftigungsverboten und einem ausgedehnten Kündigungsverbot für erwerbstätige werdende Mütter. Dabei ist es gleichgültig, ob die Arbeitnehmerin im Einzelfall verheiratet ist oder nicht, oder ob sie sich in leitender oder untergeordneter Position (z.B. Anlernverhältnis) befindet. Der § 5 MuSchG ist eine in diesem Gesetz ent-

²²⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 105 F. 4.

haltene „echte Norm“ (Gebotsinhalt), deren „ratio“ zwangsläufig mit derjenigen des Gesetzes teilentwisch ist, da die Norm ausdrücklicher Bestandteil des Gesetzes ist.

Um den Sinngehalt dieser Bestimmung und damit ihre spezielle Rechtsfunktion zu ergründen, ist es erforderlich, die Schutzaufgabe dieser Einzelbestimmung zu der umfassenden Schutzfunktion des Gesetzes in Beziehung zu bringen.

1. Eine Betrachtung dieser Art, unter besonderer Berücksichtigung der systematischen Stellung des § 5 Abs. 1 MuSchG (innerhalb des zweiten Abschnitts: „Beschäftigungsverbote“), zeigt dessen Funktion auf, die sich weitgehend in der G a r a n t i e des im MuSchG geregelten besonderen mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutzes erschöpft²³). Die Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG räumt der zu schützenden Arbeitnehmerin eine S c h l ü s s e l p o s i t i o n ein, insofern als das unmittelbare Eingreifen der Beschäftigungsverbote und des erweiterten Kündigungsverbots zunächst und in erster Linie dem tatsächlichen Machtbereich der werdenden Mutter unterstellt wird.

Es handelt sich hier um einen der seltenen Fälle, in denen es dem zu schützenden Rechtssubjekt anheim gestellt ist, die Schutzwirkungen eines zu seinen Gunsten erlassenen Gesetzes selbst (durch positives Tun) auszulösen. Der Gesetzgeber glaubte den erweiterten mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutz am wirksamsten dadurch zu garantieren, daß er die praktische Verwirklichung der vom MuSchG gebotenen Vergünstigungen von einer entsprechenden Mitteilung der schwangeren Arbeitnehmerin abhängig machte. Welche werdende Mutter würde von diesen ihr kraft Gesetzes gebotenen Wohltaten keinen Gebrauch machen, zum Schutze ihres Kindes und ihrer selbst? Der Natur der lex entsprechend steht im Vordergrund des gesetzgeberischen Interesses der S c h u t z der dem persönlichen Geltungsbereich des Gesetz unterliegenden Arbeitnehmerin. Die aus der mittelbaren Garantiefunktion abzuleitende S c h u t z f u n k t i o n ist tragender Sinngehalt der Norm. Die gleichzeitige Berücksichtigung gewisser berechtigter Belange des Arbeitgebers darf jedoch hier nicht übersehen werden, deren Ausgestaltung noch Gegenstand eingehender Betrachtung sein wird. Wille des Gesetzgebers ist es, bei möglichst geringen Opfern für den Arbeitgeber, der werdenden Mutter den Schutz des MuSchG angeeignet zu lassen²⁴).

²³) Man kann hier von einer mittelbaren Garantie des mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutzes sprechen, welcher die unmittelbare Garantie der §§ 20 ff. MuSchG notwendig zur Seite steht. (Die aus den letztgenannten Bestimmungen abzuleitende Eigenverpflichtung des Arbeitgebers wurde durch das MuSchG 52 neu eingeführt; — Früher Ziff. 34 S. 2 ArbeitsVO 1942.)

²⁴) Wie bei allen arbeitsrechtlichen Fragen, ist auch bei der Frage nach der „ratio“ des § 5 MuSchG auf das arbeitsrechtliche Ziel schlechthin abzustellen.

Das MuSchG sucht sein Ziel durch mannigfaltige Beschäftigungsverbote genereller (§§ 3 Abs. 2; 4; 6 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 3; 7 Abs. 1 und 4; 8; — wobei zwischen relativen und absoluten Beschäftigungsverboten zu unterscheiden ist) und individueller Art (§§ 3 Abs. 1; 6 Abs. 1 S. 3; Abs. 2; — welche sowohl zeitlich als auch gegenständlich relativ sind) zu erreichen. Da für die Beachtung dieser Beschäftigungsverbote eine entsprechende Unterrichtung des Arbeitgebers erforderlich ist, enthält § 5 Abs. 1 MuSchG eine an die erwerbstätige Mutter gerichtete Aufforderung²⁵⁾, bei Eigenkenntnis dem Arbeitgeber ihren Zustand mitzuteilen, bzw. ihn über den mutmaßlichen Tag der Niederkunft zu unterrichten.

Die im Gesetz niedergelegten Beschäftigungsverbote sollen der erwerbstätigen Mutter einen reibungslosen Ablauf von Schwangerschaft, Geburt und Wochenbett gewähren und jegliche ungünstigen Einflüsse, seien sie physischer oder psychischer Art von ihr abhalten. Die genannten physiologischen Zustände verursachen eine gesundheits- bzw. u. U. lebensgefährdende Überbeanspruchung des mütterlichen Organismus²⁶⁾. Hier alle zusätzlichen ungünstigen Einflüsse von der Arbeitnehmerin abzuhalten, die aus der Leistung bestimmter Arbeiten oder überhaupt aus der speziellen Arbeitsleistung schlechthin herrühren könnten (physische Einflüsse), sowie solche, welche das seelische Gleichgewicht beeinflussen (z. B. erschreckende Wirkung der Kündigungserklärung), ist Sinn und Zweck der Beschäftigungsverbote.

a) Teilt die werdende Mutter ihren Zustand dem Arbeitgeber ordnungsgemäß nach § 5 Abs. 1 MuSchG mit, so entstehen für diesen mutterschutzrechtliche Pflichten kraft Gesetzes.

Voraussetzung für das Entstehen derartiger Arbeitgeberpflichten ist die sog. „Maßgeblichkeit“²⁷⁾ der Mitteilung der Arbeitnehmerin von Schwangerschaft und mutmaßlichem Tag der Niederkunft, d. h. die objektive Richtigkeit des Mitteilungsinhalts. Ist die Mitteilung „maßgeblich“, so wird der Mutterschutz wirksam und der Arbeitgeber hat seinen diesbezüglichen gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen.

Es liegt auf der Hand, daß der Arbeitgeber durch die widerspruchslöse Hinnahme der Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG nicht neben seinen dadurch entstehenden gesetzlichen Pflichten noch eine besondere vertragliche Verpflichtung begründet, die Arbeitnehmerin nach

²⁵⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 12: „Die gesetzgeberischen Lösungen sind also von vorneherein mit durch den ideologischen Raum der Normgeltung beeinflußt, welchen die Rechtsordnung als Ausgangspunkt bezogen hat.“

²⁶⁾ Bulla, Anm. 3 zu Vorbem. z. § 3; vgl. auch Böning, Arbeit- u. Soz.Pol. 1952 Nr. 458.

²⁷⁾ Bulla, Anm. 29 zu § 5.

dem MuSchG wie eine Schwangere zu behandeln, selbst wenn sich später herausstellt, daß ein Irrtum vorlag und eine Schwangerschaft objektiv nicht bestand²⁸⁾. Es fehlt für die Annahme einer derartigen vertraglichen Verpflichtung an jeglichen Voraussetzungen. Hieraus ergibt sich auch ohne weiteres die Pflicht der Arbeitnehmerin, den Arbeitgeber von einem etwaigen derartigen Irrtum unverzüglich zu unterrichten. Tut sie das nicht, so macht sie sich schadenersatzpflichtig. Sie setzt sich auch u. U. einer strafrechtlichen Verfolgung aus.

Von besonderem Interesse ist für den Arbeitgeber die Frage, inwieweit er die Angaben der Arbeitnehmerin als verbindlich hinzunehmen hat und ob er evtl. die Erfüllung seiner mutterschutzrechtlichen Pflichten bis zum Beweise der Gravidität zurückstellen kann, wenn er der Arbeitnehmerin keinen Glauben schenkt. Der Arbeitgeber ist nicht ohne weiteres verpflichtet, die Mitteilung der Arbeitnehmerin als „maßgeblich“ hinzunehmen. Kommt er seinen mutterschutzrechtlichen Pflichten auf Grund seiner Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Arbeitnehmerin nicht nach, so tut er das auf eigene Gefahr. Er geht damit das Risiko ein, gegen die Vorschriften des MuSchG zu verstoßen und gem. §§ 20 ff. bestraft zu werden. Auch macht er sich bei einer evtl. Schädigung der Arbeitnehmerin ersatzpflichtig²⁹⁾.

Zur Vermeidung evtl. Nachteile hat der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 S. 2 MuSchG dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt, von der Arbeitnehmerin die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses bzw. des Zeugnisses einer Hebamme zu verlangen. Damit hat der Gesetzgeber dem Arbeitgeber eine gesetzliche Handhabe zur Nachprüfung der Maßgeblichkeit der Mitteilung geboten. Das genannte Zeugnis „soll“ die Arbeitnehmerin vorlegen, um dem Arbeitgeber Klarheit über ihren Zustand zu verschaffen. Dem Arbeitgeber steht das Recht zu, sich eine diesbezügliche Kenntnis anzueignen, da er im Falle einer Veränderung der arbeitsrechtlichen Lage gehalten ist, rechtzeitig betriebsinterne Dispositionen zu treffen, um sich vor einem über die Beschäftigungsverbote hinausgehenden Schaden zu schützen. Die werdende Mutter ist nicht verpflichtet, ein entsprechendes Zeugnis schon bei ihrer ersten Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG vorzulegen³⁰⁾. Eine echte Pflicht zur Vorlage des Zeugnisses besteht überhaupt nicht, da § 5 Abs. 1 S. 2 MuSchG „Sollvorschrift“ ist³¹⁾. Verweigert die Arbeitnehmerin die Zeugnisvorlage, so kann der Arbeitgeber aus diesem Grunde nicht die Erfüllung seiner sich aus dem

²⁸⁾ Bulla, Anm. 30 zu § 5.

²⁹⁾ a.a.O. Anm. 31—41 zu § 5.

³⁰⁾ Grüll, „Sonderarbeitsrecht der weiblichen Arbeitnehmerinnen unter besonderer Berücksichtigung des MuSchG“ S. 60.

MuSchG ergebenden Pflichten verweigern, denn die Anwendbarkeit des MuSchG setzt das objektive Bestehen einer Schwangerschaft, jedoch nicht den objektiven Nachweis dafür, voraus³²⁾).

b) Der Arbeitgeber wird durch eine maßgebliche Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG nicht zur Berücksichtigung sämtlicher im MuSchG beinhaltenen Beschäftigungsverbote angehalten. Die in § 5 Abs. 1 MuSchG vorgeschriebene allgemeine Schwangerschaftsmittelung kann nur die Beachtung gewisser genereller Beschäftigungsverbote seitens des Arbeitgebers unmittelbar zur Folge haben. Es sind dem unmittelbaren Wirkungsbereich des § 5 Abs. 1 innerhalb des MuSchG Grenzen gesetzt.

Das Eingreifen irgendwelcher individueller Beschäftigungsverbote kann die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG nicht bewirken, da der Arbeitgeber über die evtl. tatsächlichen Voraussetzungen nicht unterrichtet wird und das Gesetz hier die mündliche Mitteilung nicht genügen läßt sondern den sog. „Zeugniszwang“ eingeführt hat. Das Eingreifen eines individuellen Beschäftigungsverbotes setzt also die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 und die Vorlage eines entsprechenden Zeugnisses voraus.

Unmittelbare Folge der Schwangerschaftsmittelung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG ist das Eingreifen der generellen Beschäftigungsverbote der §§ 3 Abs. 2, 4 und 8 MuSchG, sofern die zeitlichen bzw. tatsächlichen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Bei den generellen Beschäftigungsverboten der §§ 6 Abs. 1 S. 1 und 2 Abs. 3 und 7 Abs. 1 und Abs. 4 handelt es sich um solche für die Zeit nach der Niederkunft, auf deren Eingreifen § 5 Abs. 1 MuSchG in der Regel keinen unmittelbaren Einfluß haben kann.

Die Beschäftigungsverbote verbieten dem Arbeitgeber die Beschäftigung der werdenden Mutter nach Maßgabe der einzelnen Bestimmungen³³⁾).

Der Arbeitgeber hat auch die Möglichkeit Dritte mit der Wahrnehmung seiner mutterschutzrechtlichen Pflichten zu beauftragen. Dies ist heute in allen Großbetrieben die Praxis und empfiehlt sich auch für Betriebe mittlerer Größe. Eine derartige „Delegation“ kann auf

³¹⁾ Vgl. § 195a Abs. 2 RVO und „Best. über d. voraussichtlichen Zeitpunkt der Entbindung“ vom 11. 11. 1939, RABl. 1939 S. IV 522; Peters, „Wochenhilfe und Wochenfürsorge“, Anm. 10b zu § 195a RVO: Nach Sozialversicherungsrecht Vorlage des Zeugnisses zwingend, wenn die Vorauszahlung des Wochengeldes aus der gesetzlichen Krankenversicherung vor der Niederkunft verlangt wird.

³²⁾ Bulla, Anm. 50 zu § 5; Peters, Komm. z. MuSchG Anm. 2 zu § 5; a. A.; Grüll, „Sonderarbeitsrecht“ S. 60.

³³⁾ Peters, Komm. z. MuSchG Anm. 1 zu § 3.

jede dem Arbeitgeber geeignet erscheinende Person des Betriebes erfolgen³⁴⁾.

aa) Die in § 3 Abs. 2 MuSchG niedergelegten Schutzfristen stellen auf das Endstadium der Gravidität, auf die Zeit unmittelbar vor der Niederkunft³⁵⁾ ab. Das generelle (jedoch relative) Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 2 MuSchG gilt für j e d e erwerbstätige werdende Mutter s c h l e c h t h i n. Dabei spielen tatsächliche und zeitliche Lagerung der Arbeit (anders als in §§ 4 bzw. 8), sowie subjektive Momente auf seiten der Arbeitnehmerin (z. B. physische Konstitution) nicht die mindeste Rolle. Beispiel: Selbst wenn die Arbeitnehmerin die Arbeit bis zur Niederkunft auf Grund ihrer physischen Konstitution spielend verrichten könnte, greift § 3 Abs. 2 MuSchG ein.

Gem. § 3 Abs. 2 MuSchG beträgt die Schutzfrist für Hausgehilfinnen und Tagesmädchen vier Wochen vor der Niederkunft. Für alle übrigen werdenden Mütter (auch für sonstige hauswirtschaftliche Hilfskräfte³⁶⁾) beträgt die Schutzfrist sechs Wochen. Auch für die mit Heimarbeit beschäftigten werdenden Mütter kommt über § 24 MuSchG die Bestimmung des § 3 (auch §§ 4 und 6) MuSchG zur Anwendung, mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Beschäftigungsverbote das Verbot der Ausgabe von Heimarbeit tritt.

Die Berücksichtigung des § 3 Abs. 2 MuSchG ist „mutterschutzrechtliche Eigenverpflichtung“ des Arbeitgebers, im Gegensatz zur früheren Regelung im MuSchG 42, das die Beachtung der Beschäftigungsverbote gem. § 2 Abs. 3 nur „auf Verlangen“ der Arbeitnehmerin forderte³⁷⁾. Der Arbeitgeber ist also auf Grund des MuSchG 52 verpflichtet die eingreifenden Beschäftigungsverbote zu berücksichtigen, selbst wenn eine Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG nicht erfolgt.

Für die Berechnung der Frist in § 3 Abs. 2 ist gem. § 5 Abs. 2 „das Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme maßgebend“.

Liegt ein Irrtum des Zeugnisausstellers hinsichtlich der Fristen vor, „so verkürzt oder verlängert sich diese Frist entsprechend“. Die Kosten eines derartigen Zeugnisses trägt gem. § 5 Abs. 3 MuSchG der Arbeitgeber.

Bei den in diesem Zusammenhang interessierenden generellen Beschäftigungsverboten ist zwischen solchen absoluter Art und relativer Art zu unterscheiden, d. h. zwischen solchen, deren Einhaltung dem Willen der Arbeitsvertragsparteien nicht unterliegt und solchen,

³⁴⁾ Bürger, Bl. f. StR. Soz.Vers.-AR 1953, S. 219.

³⁵⁾ Eisel, Komm. z. MuSchG Anh. Nr. A 3: „Der Begriff der Niederkunft im MuSchG ist derselbe wie in der RVO. Eine ‚Fehlgeburt‘ ist keine Niederkunft. ‚Fehlgeburt‘ ist die vor der 28. Schwangerschaftswoche erfolgte Ausstoßung einer nicht lebensfähigen Frucht, von weniger als 35 cm Länge.“

³⁶⁾ Bulla, Anm. 2 zu § 3; Rewolle-Köst, Handkomm. z. AR Anm. 4 zu § 3; Gröninger, Komm. z. MuSchG Anm. 3 zu § 3.

³⁷⁾ Bulla, Anm. 18 und 20 zu § 3.

auf deren Berücksichtigung die werdende Mutter wirksam verzichten kann. Das generelle Beschäftigungsverbot des § 3 Abs. 2 MuSchG ist relativ, was sich aus dem Wortlaut der Bestimmung selbst ergibt. Die Arbeitnehmerin kann „sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklären“ und somit die Vier- bzw. Sechswochensperre entfallen lassen³⁸⁾. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß sich die Arbeitnehmerin zur Weiterarbeit „ausdrücklich“ bereit erklären. Hieraus ist zu entnehmen, daß der Arbeitgeber grundsätzlich nicht berechtigt ist, eine stillschweigende Fortsetzung der Arbeit zu dulden, was sich aus seiner mutterschutzrechtlichen Eigenverpflichtung ergibt.

Bulla³⁹⁾ geht m. E. zu weit bei der Annahme eines Verbots der stillschweigenden Fortbeschäftigung schlechthin. Es kommt hier lediglich darauf an, ob der Arbeitnehmerin der Inhalt des Beschäftigungsverbotes gem. § 3 Abs. 2 und insbesondere die gesetzlichen Sperrfristen bekannt waren. War dies der Fall und hatte der Arbeitgeber positive Kenntnis von der Unterrichtung der Arbeitnehmerin hinsichtlich der Bestimmung des § 3 Abs. 2 MuSchG, so ist in ihrer stillschweigenden Weiterarbeit über den Beginn der gesetzlichen Sperrfrist hinaus eine „Bereiterklärung“ i. S. d. § 3 Abs. 2 MuSchG zu erblicken auf Grund konkludenten Handelns. Es ist hierzu auch m. E. nicht notwendig, wie B ü r g e r annimmt⁴⁰⁾, daß eine unmittelbare Absprache zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeber über den Beginn der Sperrfristen stattgefunden hat, vielmehr kommt es lediglich auf die positive Kenntnis der Rechtslage⁴¹⁾ seitens der Arbeitnehmerin an, die dieser auch von dritter, betriebsinterner Seite vermittelt sein kann. Eine Gefährdung der werdenden Mutter kann hierin auf keinen Fall erblickt werden, da sie gem. § 3 Abs. 2 MuSchG die Bereiterklärung jederzeit formlos widerrufen kann. Ein evtl. vertraglicher Ausschluß des Widerrufsrechtes ist gem. § 134 BGB nichtig. Der Schutzfunktion des § 3 Abs. 2 entsprechend muß die Bereiterklärung vor der relativ verbotenen Arbeitsleistung erfolgen. Voll geschäftsfähige Arbeitnehmerinnen können diese Willenserklärung je-

³⁸⁾ Verfügt jedoch der Arbeitgeber trotz Bereiterklärung ein Aussetzen der Arbeit, so kommt er nicht etwa gem. § 615 BGB in Annahmeverzug.

³⁹⁾ Bulla, Anm. 47 zu § 3; vgl. Grüll, „Sonderarbeitsrecht“ S. 53; Herschel, BABl. 1952 S. 102; Rewolle-Köst, Handkomm. z. AR Anm. 5 zu § 3; Gröninger, Komm. z. MuSchG Anm. 3 zu § 3.

⁴⁰⁾ Bürger, Bl. f. StR. Soz. Vers.-AR 1953 S. 219. Empfiehlt zutreffend dem Arbeitgeber, sich eine schriftliche Bereiterklärung geben zu lassen.

⁴¹⁾ Der Entfall des Wochengeldanspruchs gem. § 13 Abs. 4a MuSchG als Rechtswirkung der Weiterarbeit der Arbeitnehmerin braucht dieser nicht bekannt gewesen zu sein, um die Bereiterklärung wirksam erscheinen zu lassen, da dieser Gesichtspunkt für die Entscheidung der Arbeitgeberin nicht ausschlaggebend sein soll, in Anbetracht des Fortlaufens des Arbeitsentgelts.

derzeit vollwirksam abgeben. Minderjährige bedürfen gem. § 107 BGB der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

Strittig ist, ob die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters als Wirksamkeitsvoraussetzung der Bereiterklärung i.S.d. § 3 Abs. 2 MuSchG angesehen werden kann, wenn für das Arbeitsverhältnis § 113 BGB gilt. Bulla und Gröninger⁴²⁾ wollen diese Frage bejaht wissen. M. E. ist hier grundsätzlich davon auszugehen, daß die Bereiterklärung ein Rechtsgeschäft ist, das die Erfüllung eines Dienstverhältnisses der gestatteten Art gem. § 113 Abs. 1 BGB betrifft⁴³⁾. Man wird jedoch hier in Ausnahmefällen im Interesse der minderjährigen schwangeren Arbeitnehmerin die Wirksamkeit der Bereiterklärung an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters knüpfen, insbesondere dann, wenn die Arbeitnehmerin auf Grund ihrer jugendlichen Psyche nicht in der Lage ist die Bedeutung ihrer Erklärung voll zu verstehen. In derartigen Fällen ist trotz der Bestimmung des § 113 Abs. 1 BGB die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geboten, da hier der Schutz der Minderjährigen und ihres Kindes im Vordergrund steht.

Auch auf das Volontär- und Praktikantenverhältnis findet § 113 BGB Anwendung⁴⁴⁾. Jedoch nach einhelliger Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung nicht auf den Lehrvertrag⁴⁵⁾. Dieser Standpunkt wird verschieden begründet. Hier ist zu sagen, daß die praktischen Auswirkungen des § 113 mit der Aufgabe des Lehrverhältnisses unvereinbar sind. Die Unterscheidung Hueck's (a.a.O.) kann hier nicht überzeugen, da die h. L. das Lehrverhältnis auch als Arbeitsverhältnis, wenn auch nicht als reines Arbeitsverhältnis (wegen des beinhaltenen Lehrelements) betrachtet⁴⁶⁾.

Liegen die tatsächlichen Voraussetzungen für das Eingreifen eines Beschäftigungsverbotes vor, so führt das auf seiten der Arbeitnehmerin zur Entstehung eines konkreten arbeitsvertraglichen Anspruchs auf Innehaltung des jeweiligen Beschäftigungsverbots⁴⁷⁾. Der Arbeit-

⁴²⁾ Bulla, Anm. 50 zu § 3; Gröninger, Komm. z. MuSchG Anm. 3 zu § 3; Bulla, Betrieb, 1953 S. 734; Herschel, BABl. 1952, S. 102.

⁴³⁾ Vgl. auch Rewolle-Köst, Handkomm. z. AR Anm. 5 zu § 3.

⁴⁴⁾ Rewolle-Köst, Handkomm. z. AR Anm. 1 z. § 113 BGB.

⁴⁵⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 130: Der Lehrvertrag fällt nicht unter § 113, denn gerade die Auswahl des Lehrherrn muß besondere Sorge des gesetzlichen Vertreters sein; Siebert, BB 1951, S. 196; Hueck, Anm. z. RAG in ARS Bd. 5, S. 330: Lehnt im Ergebnis § 113 BGB ab und stützt sich dabei auf die in § 1822 Nr. 6 und 7 BGB getroffene Unterscheidung Lehrvertrag-Dienstvertrag-Arbeitsvertrag; Maus, „Recht des Arbeitsvertrags“ 1947, S. 144, Anm. 4; Rohlfing, RdA 1950, S. 328; LAG Hannover BB 1951, S. 813.

⁴⁶⁾ RAGE Bd. 1, S. 313; Bd. 2, S. 226; Bd. 3, S. 221; Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 102.

⁴⁷⁾ Nikisch, „Arbeitsrecht“, S. 426; Bulla, Anm. 25 z. Vorbem. v. § 3 u. Anm. 56 z. § 3.

nehmerin steht somit ein Erfüllungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu, der es ihr gegebenenfalls ermöglicht Feststellungsklage gegen den Arbeitgeber zu erheben bezüglich des Eingreifens des konkreten Beschäftigungsverbotes. Kommt der Arbeitgeber seiner mutterschutzrechtlichen Verpflichtung trotz dem bestehenden Erfüllungsanspruch der Arbeitnehmerin nicht nach, so läßt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ableiten, daß die werdende Mutter insoweit während der Wirksamkeitsdauer des Beschäftigungsverbotes eine Einrede gegen den Arbeitsleistungsanspruch erheben kann, solange das Verbot andauert. Die werdende Mutter hat ein Leistungsverweigerungsrecht⁴⁸⁾).

Ratio legis des § 5 Abs. 1 MuSchG ist die Auslösung der Schutzfunktion in Form der Beschäftigungsverbote zugunsten der werdenden Mutter. Ratio der Beschäftigungsverbote ist es, der werdenden Mutter den unmittelbaren Schutz durch Gewährung eines Erfüllungsanspruchs einerseits und eines Leistungsverweigerungsrechts andererseits zu bieten und insoweit die normale Arbeitsleistungspflicht der Arbeitnehmerin zu verringern, zugunsten der mutterschutzrechtlich geschützten Arbeitnehmerin, in Ausfüllung der allgemeinen Arbeitsschutzklauseln der §§ 618 BGB und 120 e GwO. Ein Verbot im eigentlichen Sinne stellen die Beschäftigungsverbote nur dar, wenn die werdende Mutter gerade für die Zeit oder gerade für diejenige Arbeit, die das einzelne Beschäftigungsverbot ausschließt, eingestellt werden soll. Nicht so, wenn das Arbeitsverhältnis darüber hinaus andauern soll⁴⁹⁾.

Während der Schutzzeit erhalten die werdenden Mütter ihren Durchschnittsarbeitslohn weiterbezahlt auf Grund der Bestimmung des § 12 Abs. 1 MuSchG, soweit sie nicht Wochengeld in der in § 13 Abs. 1 MuSchG bezeichneten Höhe erhalten. Dadurch wird der werdenden Mutter der psychisch ungünstige Einfluß des Bewußtseins eines finanziellen Ausfalls ferngehalten und somit neben der körperlichen Schonung auch eine seelische Beruhigung erreicht.

Die Bestimmung des § 12 Abs. 1 MuSchG stellt auf diejenigen werdenden Mütter ab, die nicht gesetzlich krankenversichert sind (z. B. gem. § 165 d RVO wegen Überschreitung der Verdienstgrenze des § 165 Abs. 2 RVO, länger als 4 Monate), ebenso auf freiwillig Weiterversicherte⁵⁰⁾. Die unter § 12 Abs. 1 MuSchG fallenden werdenden Mütter müssen sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was sie als „Familienhilfe“ aus der gesetzlichen Krankenpflichtversicherung be-

⁴⁸⁾ Bulla, Anm. 26 z. Vorbem. v. § 3 u. Anm. 57 zu § 3; Erl. d. RAM v. 28. 3. 1944, RABl. 1944 I S. 121.

⁴⁹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 136.

⁵⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 217.

kommen (§§ 205 a ff. RVO⁵¹). Der Abs. 2 des § 12 MuSchG macht von Abs. 1 der Bestimmung eine Ausnahme für die gem. § 168 RVO versicherungsfreien Personen, die im Haushalt beschäftigt sind. Frauen die pflichtversichert sind, erhalten von der Krankenkasse das im § 13 MuSchG vorgesehene Wochengeld, jedoch kein Arbeitsentgelt in Höhe des Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen bzw. drei Monate, jedoch mindestens 3. —DM pro Kalendertag.

Hat sich die Arbeitnehmerin zur Weiterarbeit gem. § 3 Abs. 2 MuSchG ausdrücklich bereit erklärt, so steht ihr das arbeitsvertragliche Entgelt zu, das bei Arbeitswechsel u. U. niedriger sein kann als das Wochengeld gem. § 13 Abs. 1 MuSchG, das gem. § 13 Abs. 4 a MuSchG nicht mehr beansprucht werden kann⁵²).

bb) Weitere unmittelbare Folge der Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG ist das Eingreifen des generellen Beschäftigungsverbotes des § 4 MuSchG bei entsprechender tatsächlicher Lagerung des Arbeitsverhältnisses. Die Schutzfunktion des § 5 Abs. 1 MuSchG zugunsten der werdenden Mutter umfaßt auch das Eingreifen dieses generellen und vom Willen der Arbeitsvertragspartner unabhängigen, also absoluten Beschäftigungsverbotes, das vom Arbeitgeber schlechthin zu berücksichtigen ist, auch wenn die Arbeitnehmerin sich zur Leistung der verbotenen Arbeit ausdrücklich bereit erklären sollte, da es sich bei § 4 MuSchG um eine zwingende Verbotsnorm handelt.

In § 4 MuSchG wird dem Arbeitgeber verboten, die werdende Mutter mit schwerer körperlicher Arbeit zu beschäftigen, die generell von einer schwangeren Arbeitnehmerin nicht geleistet werden kann, sowie mit anderen gesundheitsschädlichen Arbeiten⁵³).

Der Arbeitgeber ist angehalten, auf Grund seiner auch insoweit bestehenden „mutterschutzrechtlichen Eigenverpflichtung“ die Tätigkeit der Schwangeren im Hinblick auf § 4 MuSchG zu überprüfen und der werdenden Mutter eine ihr entsprechende Arbeit zuzuweisen. Dabei ist insbesondere auf die seelische und körperliche Konstitution der Arbeitnehmerin Rücksicht zu nehmen⁵⁴). Im Zweifel ist das GAA zu hören (§ 4 Abs. 4 MuSchG). Der Betriebsrat ist gem. § 54 Abs. 1 b BVG verpflichtet über die Durchführung des MuSchG und damit auch die Innehaltung der Beschäftigungsverbote zu wachen.

⁵¹) Schnorr von Carolsfeld, aa.O.: Der Anspruch der Mutter gegen den unehelichen Vater nach § 1715 BGB geht gem. RVO § 205c mit § 1542 Abs. 1 S. 2 nicht auf die Kasse über, also auch keine Ausgleichspflicht.

⁵²) vgl. Bulla, aa.O. Anm. 59 ff. zu § 3.

⁵³) Schulte-Langforth, BABl. 1953, S. 405; LAG Düsseldorf „Betrieb“ 1953, S. 336.

⁵⁴) Eisel, „Das MuSchG und seine Auslegung“ Anm. 1 zu § 4; Bulla, Anm. 1 zu § 4.

Hinsichtlich der Bestimmung des § 4 MuSchG ist zu berücksichtigen, daß diese auf die Zeit v o r den generellen Sperrfristen des § 3 Abs. 2 MuSchG abstellt und somit der Arbeitgeber zur Einhaltung des § 4 weitgehendst auf die Mitteilung der Arbeitnehmerin gem. § 5 Abs. 1 MuSchG angewiesen ist. Dies um so mehr, da eine Zunahme des Leibesumfangs der Schwangeren erst vom fünften Monat an eintritt und eine sichere äußere Erkennbarkeit des Graviditätszustandes in der Regel erst mit Beginn des achten Monats gegeben ist.

Diese Feststellung läßt die g e h o b e n e Bedeutung der S c h u t z - f u n k t i o n des § 5 Abs. 1 MuSchG im Falle des § 4 gegenüber dem Falle des § 3 Abs. 2 MuSchG erkennen, in dem die Wahrscheinlichkeit der Eigenwahrnehmung der Schwangerschaft seitens des Arbeitgebers näher liegt, auf Grund der im Endstadium befindlichen und äußerlich einwandfrei erkennbaren Gravidität.

Als Generalklausel beinhaltet § 4 Abs. 2 MuSchG das Verbot schlechthin und wird in § 4 Abs. 2 MuSchG an Hand von Beispielen konkretisiert, jedoch nicht in erschöpfender Weise (. . . insbesondere . . .), was sich auch aus den Bestimmungen des § 4 Abs. 3 und 4 ergibt⁵⁵⁾. Abs. 3 der genannten Bestimmung hat eine „generelle Ermächtigung“ des Bundesarbeitsministers zum Inhalt, der im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministern interpretierende Ausführungsverordnungen zu § 4 Abs. 1 und 2, weitere Beschäftigungsverbote für Frauen vor und nach der Niederkunft erlassen, oder sonstige Schutzmaßnahmen treffen kann (§ 4 Abs. 3a, b, c MuSchG).

Gemäß § 4 Abs. 4 MuSchG wird das GAA s p e z i e l l ermächtigt, zu entscheiden, ob eine Arbeit unter § 4 Abs. 1, 2 oder eine Rechtsverordnung gem. § 4 Abs. 3a, b fällt. Es kann auch in Einzelfällen Schutzmaßnahmen treffen bzw. „die Beschäftigung mit bestimmten anderen Arbeiten verbinden“⁵⁶⁾. Das GAA kann jedoch lediglich im k o n k r e t e n F a l l für den Arbeitgeber verbindliche Bestimmungen gem. § 4 Abs. 4 MuSchG treffen, in Form von Verwaltungsakten⁵⁷⁾, d. h. auf Grund der Verwaltung zugehöriger, auf gesetzlicher Grundlage beruhender, hoheitlicher Willenserklärungen, die dem Arbeitgeber als Staatsbürger angeben, was für ihn rechtens ist.

Ist der Arbeitgeber gem. § 4 Abs. 1 und 2 oder über § 4 Abs. 3 MuSchG auf Grund Rechtsverordnung des Bundesarbeitsministers,

⁵⁵⁾ § 4 Abs. 1 und 2 MuSchG entspricht inhaltlich nahezu der früheren Regelung im § 2 Abs. 2 MuSchG 42 i. Verb. Abschn. II AusfVO 1952. Neuerung: § 4 Abs. 2c und Erweiterung in § 4 Abs. 2d gegenüber Ziff. 6 AusfVO 42.

⁵⁶⁾ Gem. § 24 MuSchG gelten für die in Heimarbeit beschäftigten werdenden Mütter auch die Beschäftigungsverbote des § 4 MuSchG.

⁵⁷⁾ Eine konkurrierende Kompetenz des GAA neben dem Bundesarbeitsminister hat das MuSchG nicht übernommen, obwohl eine entsprechende Regelung im § 2 Abs. 4 S. 3 MuSchG 42 enthalten war.

oder gem. § 4 Abs. 4 MuSchG auf Grund Verwaltungsakts des GAA genötigt die Arbeitnehmerin ganz oder teilweise mit der Arbeit aussetzen zu lassen, oder auf einen anderen, u. U. minderbezahlten Arbeitsplatz zu versetzen (z. B. auf Grund Entlohnungswechsels § 4 Abs. 2a), so erleidet die werdende Mutter dadurch keinen Lohnausfall (§ 10 Abs. 1b MuSchG). Der Arbeitgeber ist (bis zum evtl. Eintritt von Wochengeldleistungen) verpflichtet, den Durchschnittsverdienst an die Arbeitnehmerin weiterzuleisten⁵⁸⁾.

cc) Es ist wiederum unmittelbarer Ausfluß der dem § 5 Abs. 1 MuSchG immanenten Schutzfunktion, daß dem Arbeitgeber bei Mitteilung der Schwangerschaft die mutterschutzrechtliche Pflicht auferlegt wird auch die Beschäftigungsverbote des § 8 MuSchG einzuhalten. Auch hier kommt, wie im Falle des § 4 MuSchG, trotz „mutterschutzrechtlicher Eigenverpflichtung“ des Arbeitgebers der Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG erhöhte Bedeutung zu, da auch § 8, soweit er werdende Mütter betrifft, mit Eintritt der Konzeption praktisch wird für die gesamte Zeit vor dem Eingreifen der Schutzfristen des § 3 Abs. 2 MuSchG. Insofern ist (abgesehen von Ausnahmen im § 8 Abs. 3 und 4) im Hinblick auf die Anwendungsdauer eine Parallelität der Bestimmungen der §§ 4 und 8 MuSchG gegeben, die nebeneinander und völlig unabhängig voneinander zur Anwendung kommen. Auch ist, wie im Falle des § 4 für die erste Zeit der Schwangerschaft die optische Eigenwahrnehmung seitens des Arbeitgebers ausgeschlossen. Die werdende Mutter ist also zumindest für diese Zeit trotz der mutterschutzrechtlichen Eigenverpflichtung des Arbeitgebers auf die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG angewiesen, um so die gesetzlichen Wohltaten des § 8 MuSchG zu erfahren, es sei denn, daß der Arbeitgeber von dritter Seite über den Zustand der Arbeitnehmerin unterrichtet worden ist.

Die Bestimmung des § 8 beinhaltet ein generelles und gleichzeitig absolutes Beschäftigungsverbot bezüglich Mehr-, Nacht- und Sonn- und Feiertagsarbeit für werdende und stillende Mütter, wobei für unseren Problemkreis nur das Verbot für werdende Mütter von Interesse sein kann, da der Schutzfunktion des § 5 Abs. 1 MuSchG für stillende Mütter keine Bedeutung zukommen kann, da § 5 Abs. 1 MuSchG „expressis verbis“ auf die Schwangerschaft abstellt.

Da es sich bei § 8 MuSchG um „ius cogens“ handelt, sind evtl. entgegenstehende vertragliche Abmachungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin gem. § 134 BGB nichtig. Einer ausdrücklichen Bereit-

⁵⁸⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 216; Bulla, Anm. 54 zu § 4; Eisel, „Das MuSchG und seine Auslegung“ Anm. 1 zu § 4; Schulte-Langforth, BABl. 1953, S. 405.

erklärung der werdenden Mutter zu verbotener Beschäftigung kommt keinerlei Bedeutung zu⁵⁹⁾.

Die Beschäftigungsverbote der §§ 3 Abs. 2 und 4 MuSchG werden durch § 8 MuSchG ergänzt. Während § 3 Abs. 2 MuSchG ohne Rücksicht auf Arbeitszeit und Arbeitsart eine Beschäftigung der werdenden Mutter während der Schutzfristen schlechthin untersagt und § 4 auf die Arbeitsart abstellt, betrifft § 8 MuSchG die Arbeitszeit. Hieraus ergibt sich, daß § 4 sowohl als auch § 8 nur für die Zeit vor dem Eingreifen des § 3 Abs. 2 MuSchG praktisch werden können, während dieser Zeit aber nebeneinander und völlig unabhängig voneinander zur Anwendung kommen.

Die in den Bestimmungen der §§ 3 Abs. 2, 4 und 8 MuSchG geregelten generellen Beschäftigungsverbote machen, soweit nicht individuelle Beschäftigungsverbote auf Grund besonderer Lagerung des Einzelfalls eingreifen, den gesamten, das Verbot der Arbeit betreffenden Schutz der werdenden Mutter im MuSchG aus. Sie füllen auch insoweit die Schutzfunktion des § 5 Abs. 1 MuSchG aus, dessen Berücksichtigung dem Arbeitgeber Kenntnis von dem Zustand der Arbeitnehmerin vermittelt und somit zum Eingreifen der genannten generellen Verbote führt. Dem § 5 Abs. 1 MuSchG ist die Auslösefunktion des im MuSchG geregelten generellen Mutterschutzes in Form der Beschäftigungsverbote immanent⁶⁰⁾.

⁵⁹⁾ Nikisch, „Arbeitsrecht“, S. 100: „Die verbotswidrig beschäftigte Arbeitnehmerin hat trotzdem Anspruch auf vereinbarte Entlohnung, da es dem Zweck der Arbeitsschutzvorschriften zuwider laufen würde, wollte man mit der Annahme der Nichtigkeit der arbeitsvertraglichen Abrede zur Arbeitsleistung auch den vereinbarten Lohn trotz Arbeitsleistung die Rechtsgrundlage entziehen“; Bulla, Anm. 64 zu § 8; a.A. RAG in ARS Bd. 43, S. 129; das auch Nichtigkeit der Lohnabrede anerkannte, jedoch Anspruch auf angemessene Vergütung (§§ 611, 612 BGB) annahm, was praktisch gleichkommt.

⁶⁰⁾ Die Beschäftigungsverbote des § 8 MuSchG gelten nicht nur für die in der freien Wirtschaft tätigen Arbeitnehmerinnen, sondern auch für solche, die im öffentlichen Dienst und in Haushaltungen tätig sind (Ausnahmen: § 8 Abs. 3 und 4; spezielle Ermächtigung des GAA in „begründeten“ Fällen § 8 Abs. 5; Sonderregelung für Heimarbeiterinnen, für die die Verbote des § 8 gem. § 1b ebenso gelten gem. § 8 Abs. 5. Hier kann sich § 8 Abs. 1 und 2 nur auf die Ausgabe der Arbeit auswirken. Die Bestimmung der Arbeitszeit steht der Arbeitnehmerin frei. Hierauf hat der Arbeitgeber bzw. Zwischenmeister (§ 24) keinen Einfluß).

Vgl. hinsichtlich der Arbeitnehmerinnen im öffentlichen Dienst „VO über den Mutterschutz für Beamtinnen, § 7 Abs. 1 MSchVOiB vom 19. 7. 1954 (BGBl. I 214): „Während ihrer Schwangerschaft und solange sie stillt, darf eine Beamtin nicht zur Mehrarbeit und nicht in der Nacht zwischen 20 und 6 Uhr, sowie nicht an Sonn- und Feiertagen zur Dienstleistung herangezogen werden.

Im Gegensatz zum MuSchG 42 ist in der jetzigen Regelung auch die Berücksichtigung der sog. „mehrschichtigen Betriebe“ (vgl. Ziff. 16 AusfVO 42), die eine Beschäftigung der werdenden und stillenden Mütter in wöchentlichem Wechsel bis 23 Uhr vorsah und so die zeitliche Grenze des Nachtarbeitsverbots ausdehnte, nicht übernommen worden. Es wurde hier mit Recht der Standpunkt vertreten, daß es auch solchen Betrieben möglich sein müsse die vom Gesetz vorgeschriebene Sperrzeit von 20—6 Uhr einzuhalten⁶¹⁾. Diese Ansicht rechtfertigt sich hinsichtlich der werdenden Mütter schon aus dem Grunde, daß nach statistischen Ermittlungen die Schwangerschaftsdichte (auch innerhalb eines reinen Frauenbetriebs) die Einhaltung der Schutzzeit zwischen 20 und 6 Uhr als für den Arbeitgeber noch zumutbar erscheinen läßt.

In „begründeten Ausnahmefällen“ kann das GAA nach „verwaltungs-mäßigem Ermessen“ die berechtigten Belange des Arbeitgebers wahren und (jederzeit widerruflich) Ausnahmen von dem Verbot des § 8 zulassen gem. § 8 Abs. 6 MuSchG. Gegen die Verfügung des GAA ist gem. § 18 Abs. 1 S. 2 MuSchG eine Beschwerde nicht möglich.

Das Beschäftigungsverbot des § 8 ist in § 10 MuSchG nicht aufgeführt, der die Leistung des Arbeitsentgelts an die werdende Mutter bei Eingreifen des Beschäftigungsverbotes regelt. Daraus allein läßt sich, entgegen der Ansicht Bulla's⁶²⁾ noch nicht folgern, daß der Arbeitgeber in keinem der Fälle des § 8 MuSchG verpflichtet sei, an die werdende Mutter den Durchschnittsverdienst weiter zu leisten. Im Falle der Mehrarbeit, sowie der Sonn- und Feiertagsarbeit ist eine Verdienstauffallerstattung nicht vorgesehen und erscheint auch in keiner Weise zum Schutze der werdenden Mutter erforderlich, da dieser immer noch das zur Lebensführung ausreichende Normaleinkommen zukommt⁶³⁾.

Umstritten ist die Frage nach der Lohnerstattung bei Verdienstauffall auf Grund Nachtarbeit. Handelt es sich um einen sog. „mehrschichtigen“ Betrieb, so ist der Arbeitgeber auf Grund seiner arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht angehalten die werdende Mutter am Tage zu beschäftigen. Erweist sich eine solche „Umsetzung“ als für den Arbeitgeber nicht zumutbar, oder handelt es sich um einen „einschichtigen“ Nachtbetrieb, so entfällt nach im Schrifttum vertretener

⁶¹⁾ Grüll, „Sonderarbeitsrecht der weiblichen Arbeitnehmerinnen unter besonderer Berücksichtigung des MuSchG“ S. 69; Bulla, Anm. 5 zu § 8 und RdA 1952, S. 13; Herschel, BABl. 1952, S. 104; Gröninger, Komm. z. MuSchG Anm. 3 zu § 8.

⁶²⁾ Anm. 56 zu § 8.

⁶³⁾ Bulla, Anm. 59 zu § 8.

Ansicht eine mutterschutzrechtliche Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnausfallerstattung⁶⁴⁾).

Der entgegengesetzten Meinung des LAG Stuttgart⁶⁵⁾ und des ArbG Ulm⁶⁶⁾ ist mit der Begründung des letztgenannten Gerichtes beizutreten. Das Gericht geht zutreffend davon aus, daß auf Grund der Nichtberücksichtigung des § 8 in § 10 MuSchG eine Gesetzeslücke entstanden sei, die bezüglich des Nachtarbeitsverbots in analoger Anwendung des § 10 Abs. 1 MuSchG zu schließen sei. Zur weiteren Begründung trägt das ArbG vor, daß Leistungen der AOK an die werdende Mutter infolge des Nachtarbeitsverbots und der Lohnzahlungsverweigerung seitens des Arbeitgebers lediglich freiwillig gewährte Unterstützungsleistungen seien (was allgemein anerkannt ist). „Ratio“ des § 13 Abs. 2 S. 1 sei es, der werdenden Mutter „das Prozessieren um Lohnbeträge“ zu ersparen, eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 2 S. 2 komme jedoch auf andere Leistungen der AOK, die nicht gesetzlich vorgeschriebene Wochengeldleistungen sind, nicht in Frage. Dieses Ergebnis der Lohnerstattungspflicht seitens des Arbeitgebers entspricht deshalb dem Grundgedanken des MuSchG und auch der Billigkeit. Warum soll einer Arbeitnehmerin, deren Beschäftigung gem. § 4 untersagt ist, schlechter gestellt werden als diejenige, deren Nachtarbeit § 8 MuSchG verbietet? Gerade die Zahlung des Entgelts in den Fällen der Beschäftigungsverbote der §§ 3 Abs. 2 und 4 und im Falle des Nachtarbeitsverbots des § 8 MuSchG läßt die Funktion des § 5 Abs. 1 MuSchG zur echten Schutzfunktion werden. Das Verbot der Arbeit allein würde eine für die werdende Mutter nicht ausreichende Präventivmaßnahme zugunsten ihres rein körperlichen Zustandes bedeuten, jedoch die unter Umständen Mutter und Kind in hohem Maße gefährdende psychologische Belastung in Form des Verdienstaufalles belassen.

c) Die Schutzfunktion des § 5 Abs. 1 MuSchG zugunsten der werdenden Mutter erschöpft sich nicht nur in der Bewirkung des

⁶⁴⁾ Arb.Min. Baden/Württemberg in Arb. u. Soz. Recht 1952, S. 115, BB 1953, S. 117; Bulla, Anm. 61 ff. zu § 8 und Betrieb 1953, S. 761; Endemann, Arbeit und Recht 1953, S. 271; Peters, Komm. z. MuSchG Anm. 1 zu § 8.

⁶⁵⁾ „Arbeitgeber“ 1953, S. 122; Das Gericht durfte zur Begründung seines Standpunkts nicht den Bericht des Bundesarbeitsministers über den von der SPD-Fraktion des Bundestages eingebrachten Gesetzentwurf (BT-Drucks. Nr. 1182), der das Verbot der Arbeit für werdende Mütter in der Zeit von 20 bis 23 Uhr (entgegen MuSchG 42) auch für mehrschichtige Betriebe vorsah, heranziehen. Dieser Bericht wollte die Regelung des Nachtarbeitsverbots im § 8 MuSchG gegenüber der Regelung des § 4 MuSchG 42 klarstellen (vgl. Bulla, Anm. 63 zu § 8).

⁶⁶⁾ Betrieb 1952, S. 784; ebenso Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 217; auch Schulte-Langforth, BABl. 1954, S. 83; Theuerkauf, Komm. z. MuSchG Anm. 8 zu § 8 und Mayr, Arb. u. Recht 1953, S. 304 im Ergebnis zustimmend.

Eingreifens der bisher behandelten generellen Beschäftigungsverbote. Die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG ist auch kausal für das Entstehen des „erweiterten mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutzes“ zumindest „während der Schwangerschaft“ (§ 9 Abs. 1 MuSchG) und für den Schutz der Heimarbeiterinnen vor „Ausschluß bei der Ausgabe von Heimarbeit“ gegen deren Willen (§ 9 Abs. 3 MuSchG).

Eine Abschwächung hat der Kündigungsschutz in § 9 Abs. 1 S. 2 MuSchG für Hausgehilfinnen und Tagesmädchen (Legaldef. § 2 MuSchG) erfahren, die jedoch ihren Ausgleich in § 11 Abs. 1 und 2 MuSchG findet, auf Grund dessen die Arbeitnehmerin eine „Sonderunterstützung“ in Höhe des bisherigen Durchschnittsverdienstes für die Zeit zwischen Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Einsetzen der Wochengeldleistung erhält, ebenso die Leistungen gem. § 13 trotz Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Austritt aus der Pflichtversicherung der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 13 Abs. 1 MuSchG) ⁶⁷⁾.

Die Bestimmung des § 9 MuSchG ist „lex perfecta“ (§§ 134 BGB; 20 MuSchG) ⁶⁸⁾, sie stellt entscheidend auf die „positive Kenntnis“ des Arbeitgebers hinsichtlich der Gravidität der Arbeitnehmerin ab. Diese positive Kenntnis des Arbeitgebers muß zwar nicht auf einer gem. § 5 Abs. 1 MuSchG erfolgten Mitteilung der Arbeitnehmerin beruhen, jedoch wird diese Art der Kenntniserlangung seitens des Arbeitgebers die Regel (zumindest bis zum achten Monat der Schwangerschaft) darstellen, auf Grund mangelnder äußerer Erkennbarkeit des physischen Zustandes der Arbeitnehmerin in der Zeit vorher.

Auch im Falle des § 9 MuSchG ist es mutterschutzrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers, den gesetzlichen Vorschriften zu entsprechen, selbst wenn er von Seiten der Arbeitnehmerin darin nicht unterstützt wird. Auf welchem Wege der Arbeitgeber von der Schwangerschaft erfahren hat ist ohne rechtliche Bedeutung ⁶⁹⁾. Im Vordergrund steht jedoch die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG.

Die Fälle, in denen der Arbeitgeber z. B. durch die Mutter, den Ehemann oder evtl. die Werkfürsorgerin ⁷⁰⁾ von dem Zustand erfährt oder in denen die Schwangere einem leitenden Angestellten, der nach § 72 Abs. 1 Nr. 4 HGB oder § 133 Abs. 1 Ziff. 5 GewO als Vertreter des Arbeitgebers anzusehen ist, Mitteilung macht ⁷¹⁾ (wobei die Kenntnis seitens der Person, die nach der Organisation des Betriebes für

⁶⁷⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 352.

⁶⁸⁾ Herschel, BABI. 1952 S. 104.

⁶⁹⁾ ArbG Heidelberg, BB 1952 S. 920.

⁷⁰⁾ Endemann, RdA 1953 S. 12.

⁷¹⁾ LAG Freiburg/Br. ARSt XI Nr. 461; LAG Mannheim RdA 1952 S. 239.

Personalangelegenheiten zuständig ist der Kenntnis des Arbeitgebers gleichkommt), oder in denen der Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers ⁷²⁾ von der Gravidität erfährt, stellen gegenüber § 5 Abs. 1 MuSchG die Ausnahmen dar.

Bezüglich der positiven Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft kommt es nicht auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an, sondern auf den Zeitpunkt der „Abgabe der Kündigungs-erklärung“ ⁷³⁾ (regelmäßig Absendung der Kündigungsschrift an die Arbeitnehmerin).

Das LAG Freiburg/Br. ⁷⁴⁾ hat mit Recht den Standpunkt vertreten, daß „in jedem Falle“ positive Kenntnis des Arbeitgebers erforderlich sei und nicht etwa durch fahrlässige oder grob fahrlässige Unkenntnis ersetzt werden könne. Letzteres lasse sich nicht mit dem eindeutigen Wortlaut des § 9 MuSchG vereinbaren. Das Gericht stellt in den Entscheidungsgründen überzeugend darauf ab, daß der Gesetzgeber im Falle der Gleichsetzung von Kenntnis und fahrlässiger bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis entsprechend der Regelung in §§ 122 Abs. 2, 932 BGB hinter „bekannt“ die Worte „oder infolge Fahrlässigkeit unbekannt“ eingefügt hätte.

Das Vorbringen einer Schwangerschaftsvermutung seitens der Arbeitnehmerin kann natürlich nicht den endgültigen Kündigungsschutz des § 9 MuSchG hervorrufen, sondern hat bis zum Beweise der Schwangerschaft durch die beweispflichtige Arbeitnehmerin (sie leitet aus der Tatsache der Schwangerschaft Rechte ab) lediglich aufschiebende Wirkung, indem der werdenden Mutter die Möglichkeit, ihre Rechte aus § 9 MuSchG geltendzumachen, über die in § 9 aufgeführte Wochenfrist hinaus erhalten bleibt.

Die vorsorgliche Mitteilung ist nicht eine solche im Sinne des § 5 Abs. 1 MuSchG, da sich die werdende Mutter in „Beweisnotstand“ ⁷⁵⁾ befindet und ihr ihr Zustand noch nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 MuSchG „bekannt“ ist. Erst die endgültige Bestätigung der Schwangerschaft ist Mitteilung im Sinne des § 5 Abs. 1 MuSchG und läßt das Kündigungsverbot des § 9 wirksam werden. Der Auffassung des LAG Düsseldorf ⁷⁶⁾ ist insoweit beizupflichten, als es den endgültigen Nachweis der Schwangerschaft innerhalb der Kündigungsfrist bei vermuteter Gravidität zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs und vorsorglicher Mitteilung genügen läßt. Im Rahmen der arbeitsvertraglichen Treupflicht ist die Arbeitnehmerin zur „unverzüglichen Beweisführung“ verpflichtet. Um evtl. bössliche Verschleppun-

⁷²⁾ LAG Mannheim BB 1953 S. 1004.

⁷³⁾ Bürger, Bl. f. StR. Soz.Vers.-AR 1953, S. 219.

⁷⁴⁾ In ARSt XI Nr. 461.

⁷⁵⁾ Bulla, Anm. 64 zu § 9.

⁷⁶⁾ Betrieb 1953, S. 336.

gen der Kündigung zu verhindern, ist die Arbeitnehmerin angehalten, den Nachweis der Schwangerschaft innerhalb der Kündigungsfrist und zwar spätestens eine Woche nach Kenntnis ihres Zustandes zu führen ⁷⁷⁾). Gelingt der Arbeitnehmerin die Beweisführung, so wird ihre vorsorgliche Mitteilung rückwirkend zur wirksamen Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG und läßt das Kündigungsverbot des § 9 eingreifen.

Wollte man der Arbeitnehmerin diese Möglichkeit der Erhaltung ihrer Rechte bis zum Beweis derselben nicht gewähren, so hieße das den Beweisnotstand der werdenden Mutter zu ihren Ungunsten zu werten und wäre mit dem Zweck des MuSchG nicht vereinbar, daß der werdenden Mutter die Aufregung der Kündigung zu ersparen sucht und ihr den Arbeitsplatz deswegen gerade erhalten will. Auch erscheint die Wartezeit während der Kündigungsfrist als für den Arbeitgeber ohne weiteres zumutbar.

Durch die Bestimmung des § 9 MuSchG wird die Arbeitnehmerin für die Zeit während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Niederkunft vor einer Kündigung durch den Arbeitgeber geschützt. Unter § 9 MuSchG fallen jedoch nicht folgende Rechtsgeschäfte:

Die Kündigung seitens der Arbeitnehmerin;
die Lösung des Arbeitsverhältnisses im beiderseitigen Einverständnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerin (bei Kenntnis der Rechte aus dem MuSchG seitens der Arbeitnehmerin);
das befristete Arbeitsverhältnis (Zweck- oder kalendermäßig befristet; vgl. §§ 620 BGB, 69 HGB, 133 a—c GewO);
die Anfechtung des Arbeitsvertrages ⁷⁸⁾).

Die vor dem Eintritt der Konzeption ausgesprochene Kündigung ist in jedem Falle wirksam, selbst wenn sich die Kündigungsfrist auf die Zeit der Schwangerschaft erstreckt ⁷⁹⁾.

Die Wochenfrist in § 9 Abs. 1 MuSchG kommt mit dem Zugang der Kündigungserklärung in Lauf und wird gem. §§ 187, 188 BGB berechnet. Es handelt sich um eine Ausschußfrist, nach deren fruchtlosem Ablauf (Ausbleiben der Schwangerschaftsmitteilung seitens der Arbeitnehmerin) der erweiterte mutterschutzrechtliche Kündigungsschutz entfällt. Diese Regelung wahrt die berechtigten Interessen des Arbeitgebers, der sich über die Wirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung im Klaren sein muß und beugt einer unge-

⁷⁷⁾ LAG Düsseldorf, a.a.O.; Gröninger, Komm. z. MuSchG Anm. 4 zu § 9; Bulla, Anm. 67 zu § 9; Rewolle-Köst, Handkomm. z. AR Anm. 7 zu § 9; Peters, Komm. z. MuSchG Anm. 1 zu § 9; Reckenfelder-bäumer, BB 1954 S. 163.

⁷⁸⁾ Unterstellt man hier zunächst einmal sie sei zulässig!

⁷⁹⁾ Bürger, a.a.O.

rechtfertigten Verschleppung bzw. Umgehung der Kündigung seitens der Arbeitnehmerin vor⁸⁰⁾). Unvereinbar mit dem Zweck des Kündigungsverbotes ist die Umdeutung einer nichtigen Kündigung in eine solche deren Frist zwar zu laufen beginnt, jedoch erst mit Beendigung der Schutzzeit das Arbeitsverhältnis auflöst, bzw. deren Frist erst mit der Beendigung der Schutzzeit zu laufen beginnt.

Die Arbeitnehmerin wird durch § 9 MuSchG auch vor fristloser Kündigung geschützt, ohne Rücksicht auf die Art des „wichtigen Grundes“. Man kann § 9 Abs. 2 MuSchG nicht umgehen, indem man der Arbeitnehmerin bei Vorliegen eines „wichtigen Kündigungsgrundes“ unzulässige Rechtsausübung entgegenhält⁸¹⁾, wenn sie sich auf § 9 Abs. 1 MuSchG beruft, mag die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber beleidigt, bestohlen oder gar verletzt haben.

Ist die fristlose Entlassung einer Arbeitnehmerin gem. § 9 Abs. 1 und 2 MuSchG unzulässig, so kommt der Arbeitgeber der diese Arbeitnehmerin nicht beschäftigt regelmäßig in Annahmeverzug und hat daher die Vergütung zu bezahlen, welche der schwangeren Arbeitnehmerin zusteht. Der Arbeitgeber kommt jedoch nicht in Annahmeverzug, wenn die Arbeitnehmerin sich so verhält, daß der Arbeitgeber nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens sowie des Sinnes und des Zweckes des Mutterschutzgesetzes die Annahme der Leistung zu Recht ablehnt⁸²⁾. Das BAG hat hierzu wörtlich ausgeführt: „Es genügt nicht, daß die geschützte Arbeitnehmerin sich so verhalten hat, daß nach allgemeinen arbeitsvertraglichen Regeln die fristlose Entlassung gerechtfertigt ist. Es muß vielmehr ein ungewöhnlich schwerer, rechtswidriger Verstoß der Arbeitnehmerin nicht nur gegen besondere Vertragspflichten, sondern gegen allgemeine Verhaltenspflichten vorlie-

⁸⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 353 Anm. 1; Bulla, Anm. 58 zu § 9; LAG Hannover Betrieb 1953, S. 336; Herschel, BABl. 1952 S. 104.

⁸¹⁾ LAG Hamm Betrieb 1953, S. 948; Bulla, Anm. z. AP 53, Nr. 34; Herschel, BABl. 1952 S. 104; Endemann, Arbeitgeber 1952, S. 268; Nikisch, BB 1952 S. 722; Gröninger, Komm. z. MuSchG Anm. 13 zu § 9; Arndt-Teichmann, Komm. z. MuSchG zu § 9; Grüll, Sonderarbeitsr. d. weibl. Arbeitnehmerinnen, S. 74.

⁸²⁾ BAG, Beschluß des großen Senats vom 26. 4. 1956, NJW 1956, S. 1454; vgl. hierzu auch BAG Urteil vom 13. 4. 1956, BAGE Bd. 2, S. 355: Wird der Inhalt einer empfangsbedürftigen Erklärung nach dem Zugang vom Empfänger falsch oder überhaupt nicht verstanden (Mißverständnis), so wird die Wirksamkeit der Erklärung durch das Mißverständnis nicht beeinträchtigt. Daher verschafft die Überreichung einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit der Krankheitsbezeichnung „Hyperemesis gravid“ (d. i. Erbrechen während der Schwangerschaft) dem Arbeitgeber die Kenntnis von der Schwangerschaft.

gen, der den Arbeitgeber schlechterdings berechtigt, die Dienste abzulehnen.“⁸³⁾

Um eine Beunruhigung der werdenden Mutter von vorneherein auszuschalten, richtet sich der Kündigungsschutz im Rahmen des MuSchG nicht erst gegen die Wirkung der Entlassung⁸⁴⁾, sondern schließt bereits eine wirksame Kündigungserklärung aus⁸⁵⁾. Aus diesem Grundgedanken ergibt sich die von der h. L. mit Recht vertretene Ansicht, daß es sich bei dem Verfahren gem. § 9 Abs. 2 MuSchG nicht um ein Zustimmungsverfahren (§ 182 BGB), sondern um ein Kündigungszulassungsverfahren, das eine wirksame Kündigungserklärung erst möglich macht⁸⁶⁾, handeln kann. Die Neuvernahme der nun zulässigen Kündigung ist notwendig auf Grund der Nichtigkeit der vorhergehenden Kündigungserklärung gem. § 134 BGB i. Verb. mit § 9 Abs. 1 MuSchG.

Das BAG⁸⁷⁾ hat in einer seiner jüngsten Entscheidungen die Anwendung des § 9 MuSchG auch für werdende Mütter bejaht, die bei der Besatzungsmacht beschäftigt sind und hat die Lohnzahlungspflicht des betreffenden lohnzahlungspflichtigen Landes anerkannt. Das BAG hat in dieser Entscheidung auch zum Zweck des § 9 MuSchG Stellung genommen und somit auch in dieser Hinsicht die Schutzfunktion des § 5 Abs. 1 MuSchG umrissen, indem es ausführte:

„Zweck des § 9 ist es, daß der werdenden Mutter Arbeitsstellung und Arbeitsverdienst während der Schwangerschaft erhalten bleibt. Sowohl im eigenen Interesse, wie auch in dem des erwarteten Kindes soll sie vor wirtschaftlichen Nöten verschont bleiben, denen sie in ihrem Zustand weniger gewachsen wäre als die nicht schwangere Arbeitnehmerin.“⁸⁸⁾

Das Prinzip des erweiterten mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutzes wird gem. § 9 Abs. 2 MuSchG im Falle „vorrangiger, betrieblicher Gründe“ durchbrochen, welche eine Entfernung der Schwangeren vom Arbeitsplatz notwendig erscheinen lassen, trotz ihrer Schutzbedürftigkeit und deren grundsätzlicher Berücksichtigung durch das MuSchG. Ein derartiger „besonderer Fall“ i. S. des § 9

⁸³⁾ BAG, a.a.O.

⁸⁴⁾ Vgl. z. B. §§ 13 ff. KüSchG; 14 ff. SchwBeschG.

⁸⁵⁾ Molitor, Bl. f. Steuer-Soz. Vers. AR 1953, S. 250.

⁸⁶⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 353; Molitor, a.a.O.; LAG Mannheim BB 1952, S. 490; Herschel, BABl. 1952, S. 104; Schulte-Langforth, BB 1952, S. 63; Endemann, Arbeitgeber 1952, S. 267; Bulla, Anm. 82 zu § 9 spricht von „Kündigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt“.

⁸⁷⁾ BAG in AP 1955, Nr. 2.

⁸⁸⁾ Vgl. hierzu auch BAG Bd. I, S. 141; Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 260; Nikisch, „Arbeitsrecht“ S. 659.

Abs. 2 MuSchG wird meistens auf einer Verfehlung der Arbeitnehmerin beruhen⁸⁹⁾).

d) Zusammenfassend ist hinsichtlich der Schutzfunktion des § 5 Abs. 1 MuSchG zu Gunsten der erwerbstätigen werdenden Mutter auf die Ausweitung der arbeitsvertraglichen allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch noch zu einer mutterschutzrechtlichen Fürsorgepflicht und somit auf die Ausdehnung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitgebers schlechthin, auf Grund der Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG hinzuweisen. Insoweit wird deutlich, wie für unseren Problemkreis das Mutterschutzrecht als Teil des Arbeitsschutzrechtes und hier insbesondere die generellen Schutzvorschriften der §§ 3 Abs. 2, 4, 8 und 9 MuSchG unmittelbar auf das Arbeitsvertragsverhältnis einwirken und ihm neuen Inhalt geben⁹⁰⁾.

Es ist überzeugend dargetan worden⁹¹⁾, daß es eine Reihe von Ideologien sind, die den Gedanken des Schutzes der Mutter zur Folge haben, je nach der im Staate herrschenden Grundeinstellung. Für die Bundesrepublik ist Art. 6 Abs. 4 GG maßgebend, der der werdenden Mutter einen Anspruch auf besondere Fürsorge zuspricht. Die erweiterte mutterschutzrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erschöpft sich nicht in der Befolgung der diesbezüglichen positiven Gesetzesregeln, sondern es kommt hier auf den Einzelfall mit all seinen tatsächlichen Besonderheiten an. Hieraus ergibt sich, was über die gesetzlich umrissenen Pflichten des Arbeitgebers hinaus noch als fürsorgegemäße Vertragspflicht anzusehen ist. Die Fürsorgepflicht und für unseren Problemkreis die besondere mutterschutzrechtliche Fürsorgepflicht ist Bestandteil des Arbeitsverhältnisses. Ein vertraglicher Ausschluß derselben wäre wegen Sittenverstoßes gem. § 138 BGB nichtig. Die regelmäßige Unabdingbarkeit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (§§ 617, 618 BGB, 62 Abs. 1 und 2 HGB, 120 a ff. GewO) ergibt sich auch aus § 619 BGB⁹²⁾.

Die ältere Lehre⁹³⁾ betrachtete das Arbeitsverhältnis als rein vermögensrechtliches Austauschverhältnis und erkannte deshalb eine vertragliche Schutzpflicht des Arbeitgebers nicht an. Sie betrachtete die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers lediglich aus der öffentlich rechtlichen Perspektive (Wohlfahrtspflege). Diese Ansicht wird jedoch von der h. L. auf Grund der „modernen Lehre vom Arbeitsverhältnis“ einhellig abgelehnt.

⁸⁹⁾ Bulla, Anm. 87 ff. zu § 9.

⁹⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 105 und 106; BAG in AP 1955, Nr. 2.

⁹¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 105 F. 4.

⁹²⁾ Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. d. AR, S. 259 ff.

⁹³⁾ Vgl. Kaskel, „Arbeitsrecht“ S. 258; Jacobi, „Grundlehren des Arbeitsrechts“ S. 437/438.

Auf die Erfüllung der sich im Einzelfall ergebenden mutterschutzrechtlichen Fürsorgepflichten des Arbeitgebers hat die werdende Mutter einen Anspruch, hinsichtlich der aufgrund der gesetzlichen Beschäftigungsverbote untersagten Arbeit steht ihr ein Leistungsverweigerungsrecht zu ⁹⁴⁾).

2. Wie bereits unter § 1 A I 1 dargetan, ist die „ratio“ des § 5 Abs. 1 MuSchG der Schutz der gegenüber dem Arbeitgeber sozial schwächeren Arbeitnehmerin vor jeglichen ungünstigen Einflüssen, die eine Gefährdung oder gar Beeinträchtigung des Wohles der Mutter oder des Kindes zur Folge haben könnten.

„Aufgabe des Arbeitsrechtes ist es, die in der Natur der Dinge liegenden Spannungen zu überbrücken“ ⁹⁵⁾. Der Überbrückung des „Spannungsverhältnisses“, dessen Ursache wohl in der Interessenkollision der Arbeitsvertragspartner zu suchen ist, soll auch § 5 Abs. 1 MuSchG als arbeitsrechtliche Norm dienen, unter loyaler Berücksichtigung und gerechter Abwägung der Einzelinteressen. Inwiefern § 5 Abs. 1 die berechtigten Belange des Arbeitgebers berücksichtigt und inwieweit dieser zu Gunsten der schwangeren Arbeitnehmerin erlassenen Norm auch eine Schutzwirkung zu Gunsten des Arbeitgebers zugesprochen werden kann, soll im folgenden untersucht werden.

a) Die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG hat vorbeugende Bedeutung hinsichtlich eines evtl. entstehenden Schadens seitens des Arbeitgebers, anlässlich des Abschlusses eines Arbeitsvertrages mit einer Schwangeren.

Natürlich ist es nicht Sinn und Zweck der genannten Bestimmung, den Abschluß von Arbeitsverträgen mit werdenden Müttern zu verhindern. Der präventive Charakter der Mitteilungspflicht in § 5 Abs. 1 MuSchG zu Gunsten des Arbeitgebers ist darin zu erblicken, daß dem Arbeitgeber im Falle der Eingehung des Arbeitsverhältnisses, noch vor Abschluß des Arbeitsvertrages selbst die Möglichkeit gegeben ist sich frei zu entschließen, ob er die werdende Mutter einstellen will oder nicht. Damit wird die für den einzelnen Arbeitgeber oft unangenehme Überraschung umgangen, daß sich etwa unmittelbar nach Einstellung der Arbeitnehmerin deren

⁹⁴⁾ Vgl. Schnorr von Carolsfeld, „Arbeitsrecht“ 2. Aufl. 1954, S. 261: „Jeder muß jedoch selbst das Recht haben, darauf zu dringen, daß ihn nicht ein leicht voraussehbarer Schaden trifft“; Nikisch, „Arbeitsrecht“ 2. Aufl. S. 426; vgl. auch RAG in ARS Bd. 23, S. 170; Bd. 26, S. 175; Bd. 54, S. 38; Bd. 34, S. 108; Bd. 48, S. 42; Bd. 46, S. 49; Bd. 33, S. 172; Bd. 153, S. 37; Vgl. Hueck, Festschrift für Hedemann, S. 312 ff.; Siebert, „Arbeitsverhältnis“, S. 56 ff.; Nipperdey-Staudinger, Anm. 26 v. § 611 u. 7 v. § 617 BGB.

⁹⁵⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 12.

Schwangerschaft herausstellt und der Arbeitgeber die ihm vom MuSchG auferlegten Lasten in Form der Beschäftigungsverbote und des erweiterten Kündigungsschutzes zu tragen hat⁹⁶⁾.

Ob dem Arbeitgeber im Einzelfall dieser Schutz zuteil wird, hängt davon ab, ob eine Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG erfolgt, was in der Regel der Fall sein wird. Die vorbeugende Mitteilung zur Zeit der arbeitsvertraglichen Vorverhandlungen erhält dem Arbeitgeber seine freie Willensbestimmung hinsichtlich des in Frage stehenden Rechtsgeschäftes und schließt eine Behaftung seines rechtsgeschäftlichen Willens mit einem Mangel, den er später nicht mehr geltend machen kann, aus (z. B. Irrtum über eine im Verkehr nicht als wesentlich angesehene Eigenschaft — Anfangstadium der Schwangerschaft bei Stenotypistin).

b) Auch die im MuSchG vom 24. 1. 1952 neu eingeführte Pflicht des Arbeitgebers⁹⁷⁾ „das GAA unverzüglich von der Mitteilung der werdenden Mutter zu benachrichtigen“ (§ 5 Abs. 1, S. 3 MuSchG), dient naturgemäß in erster Linie dem Schutz der werdenden Mutter. Die Bestimmung ermöglicht die Überwachung des Arbeitgebers hinsichtlich der Erfüllung seiner mutterschutzrechtlichen Pflichten durch das GAA. Jedoch gewährt auch diese Bestimmung dem Arbeitgeber gewisse Vorteile, da ihm das GAA nach erfolgter Meldung mit Rat und Hilfe zur Seite stehen kann und insbesondere aufgrund seiner „speziellen Ermächtigung“ in § 4 Abs. 4 MuSchG Entscheidungen treffen kann, die den Arbeitgeber u. U. vor Arbeitsausfall schützen. Beispiel: Das GAA bestimmt entgegen der Meinung der werdenden Mutter, daß die von ihr geleistete Arbeit nicht unter das Beschäftigungsverbot des § 4 Abs. 1 und 2 bzw. unter eine vom Bundesminister für Arbeit gem. § 4 Abs. 3 a, b erlassene Verordnung fällt⁹⁸⁾. Bezüglich der in Heimarbeit Beschäftigten obliegt die Pflicht zur Mitteilung gem. § 24 MuSchG dem Auftraggeber bzw. Zwischenmeister. Gegenstand der Meldepflicht des Arbeitgebers ist die seitens der Arbeitnehmerin erfolgte Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG. Die Meldepflicht des Arbeitgebers erstreckt sich nicht auch darauf, ob er von der Arbeitnehmerin gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 MuSchG die Vorlage eines Zeugnisses verlangt hat oder nicht. Teilt jedoch der Arbeitgeber dem GAA die erfolgte Meldung gem. § 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG mit und zeigt er gleichzeitig an, daß die Arbeitnehmerin trotz seinem ausdrücklichen Verlangen der Zeugnisvorlage gem. § 5 Abs. 1 S. 2 MuSchG nicht nachgekommen ist, so kann das GAA gem. § 19 Abs. 3

⁹⁶⁾ Die an dieser Stelle auftauchende Frage nach einer Anfechtung des Arbeitsverhältnisses gem. §§ 119, 123 BGB soll unter § 2 C I, II behandelt werden.

⁹⁷⁾ Früher Meldung an das Arbeitsamt, vgl. Ziff. 34 S. 2 aus VO 1942.

⁹⁸⁾ Vgl. auch Bull a, Anm. 103 zu § 5.

MuSchG (der auf § 139b GewO verweist) von der Arbeitnehmerin die Führung des Nachweises der Schwangerschaft auf Grund eines ärztlichen- oder Hebammenzeugnisses verlangen, wozu die Arbeitnehmerin dann gem. § 19 Abs. 4 MuSchG gesetzlich verpflichtet ist (sog. „Auskunftspflicht der Beschäftigten“) ⁹⁹⁾.

Der Arbeitgeber kann sich also auf dem Wege über das GAA Gewißheit hinsichtlich des Zustandes der Arbeitnehmerin verschaffen, was ihm im Rahmen seiner betrieblichen Dispositionen in den meisten Fällen sehr von Nutzen sein wird. Beispiel: Verhinderung plötzlicher Umbesetzungen auf Grund Eingreifens von Beschäftigungsverboten und Vermeidung eines dadurch entstehenden evtl. Schadens durch Ausfall von Arbeitskräften.

Die Verletzung der Auskunftspflicht gem. § 19 Abs. 4 MuSchG gegenüber dem GAA stellt, ebenso wie eine Verletzung der Meldepflicht des Arbeitgebers gem. § 5 Abs. 1 S. 3 MuSchG eine Ordnungswidrigkeit gem. § 21 MuSchG dar und kann vom GAA entsprechend verfolgt werden. Hierbei ist insbesondere noch zu beachten, daß der Arbeitgeber analog § 121 BGB seine Meldung gem. § 5 Abs. 1 S. 3 MuSchG „unverzüglich“, also ohne schuldhaftes Zögern abzugeben hat ¹⁰⁰⁾.

c) Die Mitteilung der Arbeitnehmerin gem. § 5 Abs. 1 MuSchG wirkt sich auch insofern zugunsten des Arbeitgebers aus, als durch sie eine Haftung des Arbeitgebers wegen schuldhaften Verstoßes gegen seine arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht, insbesondere in den Fällen der §§ 4 und 8 MuSchG ausgeschlossen wird.

Gerade in den Fällen der §§ 4, 8 und 9 MuSchG, in denen schon mit dem Eintritt der Konzeption die mutterschutzrechtliche Eigenverpflichtung des Arbeitgebers auf Beachtung der Schutzvorschriften zur Entstehung gelangt, ist es für den Arbeitgeber auf Grund der mangelnden äußeren Erkennbarkeit des Zustandes der Arbeitnehmerin nicht immer einfach, seine Fürsorgepflicht in Form der Beachtung der einzelnen Schutzvorschriften zu erfüllen.

Verletzt der Arbeitgeber seine vertragliche Fürsorgepflicht, so kommt eine zivilrechtliche Haftung seinerseits aus Vertrag sowohl, als auch aus Delikt in Frage.

Einer derartigen Haftung beugt jedoch die Mitteilung der Arbeitnehmerin gem. § 5 Abs. 1 S. 1 MuSchG, zumindest bei einem nicht dolos handelnden Arbeitgeber, weitgehendst vor.

Teilt die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber ihren Zustand mit, so ist dieser in aller Regel zuverlässig informiert und kann seinen mütter-

⁹⁹⁾ Bulla, Anm. 51 zu § 5.

¹⁰⁰⁾ Vgl. auch § 58 BVG.

schutzrechtlichen Arbeitsvertragspflichten ohne weiteres nachkommen. Hat der Arbeitgeber Zweifel an der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, so kann er sich über §§ 5 Abs. 1 S. 2, 5 Abs. 1 S. 3, 19 Abs. 3, 19 Abs. 4 MuSchG Gewißheit verschaffen, indem er auf seine Kosten (§ 5 Abs. 3) von der Arbeitnehmerin die Vorlage eines ärztlichen- bzw. Hebammenzeugnisses verlangt. Im Falle der Weigerung der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, dem GAA gleichzeitig mit der Meldung gem. § 5 Abs. 1 S. 3 diesbezügliche Mitteilung zu machen. Das GAA verlangt dann seinerseits unter Strafandrohung (§ 21) von der Arbeitnehmerin wahrheitsgemäße Auskunft in Form der Vorlage eines entsprechenden Zeugnisses.

Die Meldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG schließt also eine Haftung des Arbeitgebers auf Grund Verletzung der Bestimmungen der §§ 4, 8 und 9 MuSchG weitgehend aus.

aa) Umgehung der Haftung aus Vertrag:

Der Arbeitgeber haftet nur für den adäquat verursachten Schaden auf Grund Nichtbeachtung mutterschutzrechtlicher Vorschriften. Es muß seitens des Arbeitgebers kein Verschulden in Bezug auf den Schaden (wie z. B. im Falle des § 826 BGB) vorliegen, sondern lediglich eine schuldhafte Verletzung seiner Arbeitsvertragspflicht gegenüber der schwangeren Arbeitnehmerin, z. B. in Form fahrlässiger Nichtbeachtung des Beschäftigungsverbots des § 4 MuSchG. Beispiel: Läßt der Arbeitgeber die werdende Mutter eine Arbeit verrichten, bei der sie entgegen § 4 Abs. 2a MuSchG regelmäßig schwerere Lasten als 5 kg ohne mechanische Hilfe heben muß und erleidet die Arbeitnehmerin dadurch Schaden an der Gesundheit, so ist zur Haftung des Arbeitgebers nicht erforderlich, daß sich dessen Verschulden auf die Versehrtheit des Körpers der werdenden Mutter bezieht, es genügt vielmehr sein Verschulden hinsichtlich der Nichtbeachtung des Beschäftigungsverbotes des § 4 Abs. 2a MuSchG ¹⁰¹⁾.

Die vertragliche Haftung des Arbeitgebers ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Verletzung der Arbeitsvertragspflicht ¹⁰²⁾ und erstreckt sich auf sämtliche, der werdenden Mutter entstehenden Nachteile, auch auf diejenigen, die hinsichtlich des Erwerbes und des Fortkommens der geschädigten Arbeitnehmerin als Vermögensschäden anzusehen sind ¹⁰³⁾ (vgl. §§ 618 Abs. 3, 842 BGB; § 62 Abs. 3 HGB, 842 BGB). Einen Schmerzensgeldanspruch hat die Arbeitnehmerin gegen den Arbeitgeber nicht, da § 618 Abs. 3 BGB und auch § 62 HGB nicht auf § 847 BGB Bezug nehmen ¹⁰⁴⁾.

¹⁰¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 261.

¹⁰²⁾ RGZ Bd. 105, S. 83.

¹⁰³⁾ RGZ Bd. 141, S. 172.

¹⁰⁴⁾ RAG in ARS Bd. 36, S. 34.

Die Art der Ersatzleistung kann sich im Einzelfalle nach § 843 BGB (§ 760 BGB) bestimmen. Auch können u. U. Dritte Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitgeber gem. §§ 844, 845 BGB geltend machen.

Über §§ 618 Abs. 3 BGB bzw. 62 Abs. 3 HGB — 846 BGB ist auch hier ein eventuelles mitwirkendes Verschulden der werdenden Mutter gem. § 254 BGB zu berücksichtigen. In diesem Falle wird man hinsichtlich des Schwangerschaftszustandes der Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber in der Regel auf Grund seiner mutterschutzrechtlichen Eigenverpflichtung das „Kennenmüssen“ entgegenhalten können, es sei denn, daß das Unterlassen der Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG „sich nach der Anschauung des Lebens als ein ihr zurechenbares rechtserhebliches Verschulden gegen wohlverstandene Eigeninteressen“ darstellt ¹⁰⁵⁾. Beispiel: Eine werdende Mutter, die im sechsten Monat schwanger ist, die dem Arbeitgeber ihren Zustand verschwiegen hat und deren Konstitution äußerlich nicht erkennbar ist, verrichtet eine Arbeit, bei der sie sich dauernd gebückt halten muß (§ 4 Abs. 2c MuSchG), obwohl sie bereits vom Arzt darauf aufmerksam gemacht wurde, daß diese Beschäftigung gerade bei ihrer körperlichen Veranlagung besonders gefährlich sei. In diesem Falle wird man ein Mitverschulden der Arbeitnehmerin gem. § 254 BGB bejahen müssen ¹⁰⁶⁾.

Hat der Arbeitgeber eine Person mit der Wahrnehmung seiner mutterschutzrechtlichen Pflichten beauftragt, so haftet er für eine schuldhafte Verletzung eines arbeitsvertraglichen Erfüllungsanspruches der Arbeitnehmerin seitens des Beauftragten gem. § 278 BGB, da der Dritte (§ 22 Abs. 1 MuSchG) als Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers hinsichtlich des Arbeitsvertragsverhältnisses anzusehen ist.

Diese Rechtslage ist auch bezüglich der in diesem Zusammenhang praktisch sehr bedeutsamen Haftung juristischer Personen für die genannte arbeitsvertragliche Fürsorgepflichtverletzung gem. §§ 26, 31, 278 BGB (71 Abs. 1 AktG; 35 Abs. 1 GmbHG) gegeben ¹⁰⁷⁾. Die Vorschriften der §§ 898, 899 RVO können in diesem Zusammenhang auch zur Anwendung kommen, da die Nichtbeachtung der mutterschutzrechtlichen Vorschriften einen Arbeitsunfall i.S.d. RVO (§§ 544, 546) zur Folge haben kann.

bb) Neben die Haftung aus Vertrag tritt im Falle der schuldhaften Verletzung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht die Haftung aus Delikt. Das gesamte Arbeitsschutzrecht und somit auch die Beschäftigungsverbote, sowie das erweiterte mutterschutzrechtliche Kündi-

¹⁰⁵⁾ Bulla, Anm. 29. zu Vorbem. vor § 3.

¹⁰⁶⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 261 und 262.

¹⁰⁷⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 264; Nikisch, „Arbeitsrecht“, S. 418 ff.

gungsverbot sind „Schutzgesetze“ i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB¹⁰⁸⁾. Die Arbeitnehmerin kann also auf diesem Wege gem. § 847 BGB Schmerzensgeld vom Arbeitgeber verlangen¹⁰⁹⁾.

d) Der Arbeitgeber macht sich gem. § 20 MuSchG strafbar, wenn er ein Beschäftigungsverbot bzw. das Kündigungsverbot des MuSchG schuldhaft außer acht läßt. Die Strafbarkeit des Arbeitgebers ergibt sich trotz der Rechtsunwirksamkeit der verbotswidrig ausgesprochenen Kündigung aus § 9 Abs. 1 MuSchG (welcher die Kündigung der geschützten Mutter innerhalb der Verbotszeiten schlechthin für unzulässig erklärt) i.V.m. § 20 MuSchG, einerlei ob seitens des Arbeitgebers vorsätzlich oder fahrlässig gegen die Bestimmung des § 9 Abs. 1 MuSchG verstoßen wurde¹¹⁰⁾. Hinsichtlich der generellen Beschäftigungsverbote der §§ 3 Abs. 2, 4 und 8 und des Kündigungsverbots des § 9 MuSchG wirkt sich die Mitteilungspflicht der schwangeren Arbeitnehmerin gem. § 5 Abs. 1 auch bezüglich der Strafbarkeit des Arbeitgebers zu dessen Gunsten aus, indem eine derartige Mitteilung die fahrlässige Verletzung einer der genannten Vorschriften und damit die Bestrafung des Arbeitgebers gem. § 20 Abs. 2 MuSchG auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen seitens des Arbeitgebers ein unentschuldbarer Irrtum (§ 59 StGB) über den Inhalt der genannten Vorschriften vorlag, d. h. ein Irrtum, der gerade auf Fahrlässigkeit beruhte¹¹¹⁾. (Auf die übrigen, unter § 20 fallenden Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen der §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 S. 1 u. 2, 6 Abs. 1 S. 3, 6 Abs. 2, 6 Abs. 3, 7 Abs. 1, 7 Abs. 2 S. 2, 7 Abs. 2 S. 1, 8 Abs. 1 u. 5, 9 Abs. 1 u. 3, 10 Abs. 1, 12 Abs. 1 kann die Mitteilung des § 5 Abs. 1, zum Teil wegen des individuellen Charakters der Verbote (Zeugnispflicht) und im übrigen wegen des Zeitpunkts ihres Eingreifens keinen Einfluß ausüben (Eingreifen für die Zeit nach der Geburt).

Fahrlässig handelt der Arbeitgeber immer dann, wenn er die entsprechende Schutzvorschrift nicht befolgt, obwohl er den Zustand der verbotswidrig arbeitenden werdenden Mutter bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt hätte erkennen müssen¹¹²⁾.

¹⁰⁸⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 272; Bulla, Anm. 28 zu Vorbem. v. § 3, Anm. 16 zu § 20, Anm. 80 zu § 9; Rewille-Köst, Handkom. zu AR, Anm. 2 zu § 3; Nikisch, „Arbeitsrecht“; vgl. auch: Nipperdey-Staudinger, 9. Aufl. Bem. 68 zu § 618 BGB.

¹⁰⁹⁾ Bulla, Anm. 14 zu § 20.

¹¹⁰⁾ Bulla, Anm. 12 zu § 20.

¹¹¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 271: „Richtiger, weil es dem Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses mehr entspricht, ist es in diesen Fällen, nur die Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung zu übernehmen, um dem Willen des Gesetzgebers Rechnung zu tragen, ohne das wirkliche Vorhandensein einer solchen zu bejahen“; BGHZ Bd. 3, S. 302.

¹¹²⁾ Bürger, Bl. f. StR SozVersAR 1933, S. 219.

Einer derartigen fahrlässigen Verletzung der mutterschutzrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers beugt die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG vor, indem der Arbeitgeber nunmehr den Zustand der Arbeitnehmerin erfährt. Die Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG schützt insofern in gewissem Sinne den Arbeitgeber vor der in § 20 Abs. 2 MuSchG vorgesehenen Kriminalstrafe, wobei es sich bei der fahrlässigen Verletzung mutterschutzrechtlicher Arbeitgeberpflichten um eine Übertretung (§ 1 Abs. 3 StGB) handelt ¹¹³⁾.

3. Die „ratio legis“ des § 5 Abs. 1 MuSchG wird einerseits durch die primäre mittelbare Schutzfunktion zugunsten der Arbeitnehmerin und andererseits durch die sekundäre unmittelbare Schutzfunktion zugunsten des Arbeitgebers gekennzeichnet. Auf der einen Seite stehen die Beschäftigungsverbote, die erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht und der erweiterte mutterschutzrechtliche Kündigungsschutz zugunsten der werdenden Mutter; demgegenüber auf der anderen Seite die Berücksichtigung berechtigter Belange des Arbeitgebers auf Grund der in dieser Hinsicht vorbeugenden Wirkung der Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG.

B) Die Rechtsnatur des in § 5 1 MuSchG kodifizierten Gebotes.

Es darf nicht verkannt werden, daß gerade bei der Frage nach der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG die Interessenkollision der Vertragspartner besonders deutlich in Erscheinung tritt. Hier einen billigen Ausgleich zwischen den Interessenpolen zu finden, ist eine schwierige und nicht minder delikate Aufgabe, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses der berechtigten arbeitgeberischen Belange einerseits und des Schutzes der Privatsphäre der Arbeitnehmerin andererseits.

Die Überschrift zu § 5 MuSchG spricht von einer Mitteilungspflicht in Bezug auf die eingetretene Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Niederkunft, sobald der Arbeitnehmerin ihr Zustand bekannt ist (§ 5 Abs. 1 MuSchG). Dem entgegen enthält Abs. 1 des § 5 MuSchG eine „Soll-Formulierung“, so daß sich auf Grund dieses Widerspruches bereits die Frage nach der Rechtsnatur der genannten Bestimmung aufdrängt.

Die in § 5 Abs. 1 MuSchG verankerte Mitteilungspflicht ist eine „gesetzliche Offenbarungspflicht“ (im Gegensatz zu Offenbarungspflichten, die sich unmittelbar aus einem Vertragsverhältnis herleiten). Sie ist „Offenbarungspflicht“, da sie sowohl einen Zustand (Gravidität), als auch ein Ereignis (Niederkunft) be-

¹¹³⁾ Bulla, Anm. 2 ff. zu Vorbem. vor § 20, Anm. 2 zu § 20; Rewollett-Köst, Handkomm. zu AR., Anm. 6 zu § 3.

trifft, die aus der Privatsphäre der Arbeitnehmerin kommen¹¹⁴⁾. Der Gesetzgeber hat hier neben der arbeitsvertraglichen Arbeits- und Treuepflicht eine zu den weiteren Arbeitnehmerpflichten zählende gesetzliche Auskunftspflicht für werdende Mütter statuiert¹¹⁵⁾.

I. Die Mitteilungspflicht als mutterschutzrechtliche „Sollvorschrift“:

Das in § 5 Abs. 1 MuSchG verankerte Gebot ist „ius dispositivum“ (werdende Mütter „sollen“ ...).

Es ist grundsätzlich daran festzuhalten, daß die Arbeitnehmerin weder bei, noch nach ihrer Einstellung generell verpflichtet ist, ihre Schwangerschaft oder diesbezügliche begründete Zweifel zu offenbaren¹¹⁶⁾. Diese Ansicht wird mit Recht in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend vertreten.

Der dispositive Charakter der genannten Bestimmung läßt sich auch mit Hilfe des „Berichts über die Sitzung des BT am 12. 12. 1951 (S. 7525 C)“ begründen, in dem es u. a. wörtlich heißt:

„Ein Abänderungsantrag, wonach die werdende Mutter verpflichtet werden soll, schon bei Einstellung dem Arbeitgeber ihren Zustand zu offenbaren, weil es dann gerade in Hinblick auf den alsbald einsetzenden gesetzlichen Mutterschutz schwerlich zu einer Einstellung kommen würde, wurde in der Abstimmung des Bundestages abgelehnt. In der Debatte wurde darauf verwiesen, daß die gesetzliche Mitteilungspflicht nur als „Sollvorschrift“ formuliert sei, mithin keine zwingende und erzwingbare Verpflichtung zur Offenbarung bestehe.“

Die dispositive Abfassung des § 5 Abs. 1 MuSchG entspricht auch der früheren Regelung in § 8 Abs. 1 MuSchG 42, welche ebenfalls eine generelle und zwingende Mitteilungspflicht der werdenden Mutter verneint hatte und als Sollvorschrift ausgestaltet war¹¹⁷⁾.

Es wurde mit Recht der Standpunkt vertreten, daß § 5 Abs. 1 MuSchG der werdenden Mutter keine „echte Rechtspflicht“ auferlege,

¹¹⁴⁾ Bulla, Anm. 1 zu § 5: („Anzeigepflicht“ = Pflicht der Arbeitnehmerin zur Mitteilung von Geschehnissen außerhalb ihrer selbst).

¹¹⁵⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 339.

¹¹⁶⁾ LAG Hamburg, Betrieb 1952, S. 512; LAG München, Amtsbl. Bayer. Arb.-Min. 1951, S. 158; LAG Bayern, BB 1953, S. C 169; LAG Hamm, Betrieb 1953, S. 948; LAG Frankf./M. Betrieb 1953, S. 847; ArbG. Heidelberg BB 1952, S. 920; ArbG. Rosenheim, ARSt XI Nr. 351; Bulla, RdA 1952, S. 11; Schulte-Langforth, BB 1952, S. 62; Eisel, „Das MuSchG und seine Auslegung“, Anm. 4 zu § 5; Theuerkauf-Harmuth, Komm. zu MuSchG Anm. 1 zu § 5; Bürger, Bl. f. StR Soz.Vers. AR 1953, S. 220; Herschel, BABl 1952, S. 103.

¹¹⁷⁾ Schmidt-Bauer, MuSchG 42, Anm. 2 zu § 8; Ziff. 34 AusfVO 1942).

zumal es sich bei dem MuSchG um ein „Arbeitsschutzgesetz“ handle, das sich als solches an den Arbeitgeber wende und grundsätzlich nur diesem echte Rechtspflichten auferlege¹¹⁸⁾.

Auch die Tatsache, daß § 5 Abs. 1 MuSchG ausdrücklich vom Gesetzgeber aus der Strafsanktion des § 20 MuSchG ausgenommen wurde, deutet auf den „nachgiebigen Charakter“ dieser Bestimmung hin¹¹⁹⁾. Herschel¹²⁰⁾ bezeichnet § 5 Abs. 1 MuSchG in Anbetracht seiner „Schutzfunktion“ (vgl. oben § 1 A I) in anschaulicher Weise als „nachdrückliche Empfehlung“.

Ob die Motive des Gesetzgebers, sowie der allgemein vertretene Standpunkt, daß eine echte Mitteilungspflicht im Rechtssinne einen unzumutbaren Eingriff in die Privatsphäre der werdenden Mutter darstellen würde, gerechtfertigt sind, soll an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben und wird unter § 3 „Gedanken de lege ferenda“ noch Gegenstand genauerer Betrachtung sein.

II. Eventuelle Wandlung der Rechtsnatur durch besondere rechtliche oder tatsächliche Lagerung des Arbeitsverhältnisses:

Während eine generelle Offenbarungspflicht hinsichtlich des Schwangerschaftszustandes auf seiten der Arbeitnehmerin zu verneinen ist, besteht jedoch in besonderen Fällen die Möglichkeit der Entstehung einer speziellen Offenbarungspflicht, in Form einer echten Rechtspflicht. Eine derartige besondere Gestaltung des Arbeitsverhältnisses bewirkt gleichzeitig die Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG durch Gegebenheiten, die von der konkreten arbeitsvertraglichen Seite an die Norm herangetragen werden.

Die eventuelle Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG ist Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben und den guten Sitten, der auch den Maßstab für die Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur im konkreten Fall bieten muß, unter besonderer Berücksichtigung der Tendenz des MuSchG.

Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß auch vom Standpunkt des Arbeitsvertragsrechtes aus grundsätzlich eine Rechtspflicht zur Offenbarung seitens der werdenden Mutter nicht besteht¹²¹⁾, weder während des Arbeitsverhältnisses, noch bei den Einstellungsverhandlungen¹²²⁾.

¹¹⁸⁾ Schulte-Langforth, BB 1952, S. 62, 1953, S. 738.

¹¹⁹⁾ Vgl. auch Eisel, „Das MuSchG und seine Auslegung“, Anm. 1 zu § 5; Theuerkauf-Harmuth, Komm. zu MuSchG Anm. 1 zu § 5; Rewolle-Köst, Komm. zu AR, Anm. 1 zu § 5; Schulte-Langforth, BB. 1953, S. 738; Bulla, Anm. 10 zu § 5.

¹²⁰⁾ BABl 1952, S. 103.

¹²¹⁾ Bulla, Anm. 13 zu § 5.

Eine spezielle Offenbarungspflicht seitens der Arbeitnehmerin bei Neuabschluß des Arbeitsvertrags, oder während eines Arbeitsverhältnisses, ist nur unter ganz besonderen, im konkreten Fall gegebenen Voraussetzungen zu bejahen.

1. Sie kann sich unmittelbar aus der Arbeitnehmerin obliegenden Treupflicht ergeben, auf Grund des speziellen Arbeitsbereiches und eines hinreichenden betrieblichen Interesses auf Nichteinstellung bzw. Nichtweiterbeschäftigung einer werdenden Mutter. Die spezielle Offenbarungspflicht ist eine Arbeitsvertragspflicht, die sich aus dem Bestand oder der Eingehung eines konkreten Arbeitsverhältnisses (Vorvertragsverhandlungen) ableitet. Unter welchen Voraussetzungen sich die arbeitsvertragliche Treuepflicht im einzelnen Fall zu einer speziellen Offenbarungspflicht konkretisiert, ist nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben zu entscheiden. Zu verneinen ist eine spezielle Offenbarungspflicht stets, wenn sie gegen die Würde der menschlichen Eigenpersönlichkeit verstoßen würde¹²³⁾.

a) Inwieweit dem Arbeitgeber ein Fragerecht hinsichtlich des Zustandes der Arbeitnehmerin zusteht und wann die Ausübung dieses Fragerechtes eine spezielle Offenbarungspflicht der Arbeitnehmerin begründen kann, ist umstritten.

Das LAG München¹²⁴⁾ hat ausgeführt, daß ein Fragerecht des Arbeitgebers im Rahmen der Offenbarungspflicht dann anerkannt werden müsse, wenn ein besonderes, gerade für den Abschluß von Arbeitsverträgen und gerade dieses oder jenes Arbeitsvertrages nach Anstand, Treu und Glauben und Verkehrssitte zu billiges Interesse des Arbeitgebers bestehe, sich zu vergewissern, ob die um die Stelle sich bewerbende Arbeitnehmerin in der Lage sei, die ihr zugewiesene Arbeit zu leisten und die Vertragspflichten zu erfüllen.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Entstehung des Fragerechts bejaht wird. Jedoch ist zu berücksichtigen, daß dem Fragerecht auf der einen Seite nicht notwendig eine Offenbarungspflicht, auf der anderen Seite gegenüber stehen muß. Selbst wenn aus den vom LAG München (aaO) aufgezählten Gründen dem Arbeitgeber ein Fragerecht zusteht, so ist deshalb noch nicht zwingend eine tat-

¹²²⁾ Beachte die Parallelen in der Problematik der Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 und der evtl. „Verkehrswesentlichkeit der Schwangerschaft“ (vgl. unten § 2 C I). In allen Fällen der Verkehrswesentlichkeit der Schwangerschaft i.S.d. § 119 Abs. 1 BGB ist eine spezielle Offenbarungspflicht und damit die Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 gegeben. Ebenso sind die Fälle der „Redepflicht“ bei arglistiger Täuschung durch Verschweigen (§ 123 BGB) parallel gelagert (vgl. unten § 2 C II).

¹²³⁾ LAG München Amtsbl. Bayer. ArbMin 1951, S. 158.

¹²⁴⁾ Amtsbl. Bayer. ArbMin 1951, S. 159.

sächliche Lagerung des konkreten Arbeitsverhältnisses gegeben, die auf Grund der Treupflicht und des speziellen Arbeitsbereiches, sowie hinreichenden betrieblichen Interesses zu einer speziellen Offenbarungspflicht der Arbeitnehmerin führt. Vielmehr müssen die zuletzt genannten Voraussetzungen unabhängig von dem Fragerecht des Arbeitgebers vorliegen, um letzteres nicht zu einer rein theoretischen Rechtsposition werden zu lassen.

Dies verkennt das LAG Hamburg ¹²⁵⁾, das eine Offenbarungspflicht der werdenden Mutter z. Z. der Vorverhandlungen und zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages dann bejaht, „wenn der Arbeitgeber durch ausdrückliches Befragen ¹²⁶⁾ zu erkennen gibt, daß es ihm auf diesen Punkt ankommt und wenn die Arbeitnehmerin zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im guten Glauben ist“.

Die Auffassung dieses Gerichts steht der Tendenz des MuSchG entgegen. Nicht das subjektive Moment des Interesses des Arbeitgebers an dem Zustand der Arbeitnehmerin kann eine spezielle Offenbarungspflicht auf Seiten letzterer begründen, sondern es kommt ausschließlich auf die objektiven Gegebenheiten im konkreten Fall an, die dann aus rechtlichen oder rein tatsächlichen Gründen zu einer Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG führen können.

Es hieße die Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG außer acht lassen, wollte man entsprechend dem LAG Hamburg (aaO) das ausdrückliche Fragen des Arbeitgebers nach einer evtl. Schwangerschaft genügen lassen, um die Rechtsposition der Arbeitnehmerin schlechthin dahingehend zu beeinträchtigen, daß aus diesem rein subjektiven Verhalten des Arbeitgebers eine spezielle Offenbarungspflicht der Arbeitnehmerin begründet würde.

Ein echtes Fragerecht des Arbeitgebers, d. h. ein solches, das eine spezielle Offenbarungspflicht seitens der Arbeitnehmerin und damit die Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG zur Folge hat, ist dann zu bejahen, wenn nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ein zu billigendes Interesse des Arbeitgebers vorliegt, sich zu vergewissern, ob die sich bewerbende Arbeitnehmerin in der Lage ist, die ihr zugewiesene Arbeit zu leisten und damit die Vertragsverpflichtungen zu erfüllen ¹²⁷⁾. Beispiel: Eine werdende Mutter bewirbt sich um einen Posten, den sie nach § 4 MuSchG nicht ausfüllen darf.

¹²⁵⁾ Betrieb 1952, S. 512.

¹²⁶⁾ Unter besonderen Umständen kann die ausdrückliche Befragung ein Anzeichen dafür sein, daß möglicherweise ein „besonderes Arbeitsverhältnis mit Offenbarungspflicht“ geplant ist; die „Erkundigungspflicht“ ist dann auf Seiten der Arbeitnehmerin.

¹²⁷⁾ LAG München, Amtsbl. Bayer. Arb.Min. 1951, S. 158.

In diesem Falle wird durch die vorarbeitsvertraglichen, schuldrechtlichen Beziehungen die bereits insoweit bestehende Treuepflicht der werdenden Mutter zur speziellen Offenbarungspflicht konkretisiert. Kausal für die Entstehung dieser echten Mitteilungspflicht ist jedoch niemals das Fragerecht des Arbeitgebers, das u. U. im Zusammenhang mit der Anfechtung des Arbeitsvertrags (vgl. unten § 2 B) eine Rolle spielen kann, sondern einzig und allein die objektiven Gegebenheiten des konkreten Arbeitsverhältnisses.

Das Fragerecht kann hinsichtlich der Begründung einer speziellen Offenbarungspflicht nicht von Bedeutung sein, da letztere bei gegebenen objektiven Voraussetzungen auch ohne Fragestellung seitens des Arbeitgebers besteht und andererseits durch diese allein nicht begründet werden kann¹²⁸⁾.

Auch die Aufnahme derartiger Fragen in einen betrieblichen Fragebogen kann die Rechtsposition der Arbeitnehmerin nicht beeinflussen¹²⁹⁾. Beizustimmen ist jedoch dem LAG Düsseldorf¹³⁰⁾, das ausführt, daß die Vorlage einer derartigen Frage der Arbeitnehmerin Anlaß zur Rückfrage geben kann, ob die objektiven Voraussetzungen vorliegen, die eine spezielle Offenbarungspflicht begründen können.

b) Zu dem Problem der Abgrenzung der dispositiven Mitteilungspflicht zur speziellen Offenbarungspflicht ist in Schrifttum und Rechtsprechung verschiedenartig Stellung genommen worden.

Das LAG Hamm¹³¹⁾ hat hinsichtlich der Eingehung des Arbeitsverhältnisses zutreffend ausgeführt:

„Eine Arbeitnehmerin, die ein Arbeitsverhältnis eingeht und zu diesem Zeitpunkt bereits schwanger ist, ist grundsätzlich zur Offenbarung ihres Zustandes nicht verpflichtet, es sei denn, es handelt sich um den Sonderfall, daß die Arbeit wegen ihrer Art nicht von einer Schwangeren geleistet werden kann.“

Interessant erscheint in diesem Zusammenhang auch die Stellungnahme Osthold's¹³²⁾. Dieser geht zunächst zutreffend davon aus, daß eine Einstellungspflicht hinsichtlich der Einstellung von werdenden Müttern nicht bestehe und die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses insoweit den Parteien zustehe. Auch könne der Arbeitgeber aus triftigen Gründen ein Bedürfnis nach einer derartigen Regelung haben. Er folgert daraus, daß sich für beide Teile bei Abschluß des Vertrages aus dem insoweit schon mit Rechtswirkung

¹²⁸⁾ Bulla, Anm. 16 zu § 5.

¹²⁹⁾ Ebenso LAG Frankfurt/M. Betrieb 1953, S. 847; a.A., LAG Hamm, BB 1953, S. 860.

¹³⁰⁾ Betrieb 1953, S. 1095.

¹³¹⁾ Betrieb 1953, S. 948.

¹³²⁾ „Arbeitgeber“ 1953, S. 966.

ausgestatteten schuldrechtlichen Verhältnis konkrete Rechtspflichten ableiten, die zum Inhalt einer Offenbarungspflicht hinsichtlich aller Gründe führen würden, die geeignet seien, den erkennbaren Willen des Vertragspartners zu bestimmen. Dies würde z. B. klar werden, wenn man den Fall der unehelichen Schwangerschaft ins Auge fasse, bezüglich dessen ein Arbeitgeber aus seinen Sittenanschauungen die Auffassung vertrete, daß eine diese Tatsache offenbarende Arbeitnehmerin in den Betrieb nicht aufgenommen werden könne. Der gesetzgeberische Gedanke sei doch wohl der, das bestehende Arbeitsverhältnis einer werdenden Mutter zu schützen. In jedem Falle müsse es dem Arbeitgeber freigestellt werden, wen er einstelle; eine andere Auslegung führe zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Benachteiligung des Arbeitgebers und zur Ausweitung des Fragebogensystems.

Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als eine Einstellungspflicht hinsichtlich der Einstellung von werdenden Müttern nicht besteht. Abzulehnen ist jedoch die Folgerung einer Offenbarungspflicht der werdenden Mutter auf Grund mangelnder Einstellungspflicht bezüglich Schwangerer seitens des Arbeitgebers.

Die konsequente Durchführung der Auffassung Osthold's würde zu dem praktisch unhaltbaren Ergebnis führen, daß in jedem Falle die werdende Mutter bei Abschluß des Arbeitsverhältnisses zur Offenbarung verpflichtet sei, auf Grund der schuldrechtlichen Rechtswirkungen der vertraglichen Vorverhandlungen, da die Schwangerschaft einen „Grund darstellt, der geeignet ist, den erkennbaren Willen des Vertragspartners zu bestimmen“, mit Ausnahme der Fälle, in denen der Arbeitgeber ausdrücklich mit der Anstellung einer Schwangeren einverstanden ist. Dies würde praktisch der Bejahung einer generellen Offenbarungspflicht seitens der werdenden Mutter bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses gleich kommen und somit in Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes in § 5 Abs. 1 stehen. Die praktische Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses läßt sich am besten an Hand des von Osthold selbst gewählten Beispiels aufzeigen: Der Arbeitgeber X. nimmt die ledige werdende Mutter Y. auf Grund persönlicher Sittenanschauungen nicht in seinen Betrieb auf. Die Schwangerschaft der ledigen Arbeitnehmerin ist somit ein „Grund, der geeignet ist, den erkennbaren Willen des Vertragspartners zu bestimmen“. Wie unbillig es in diesem Fall wäre, eine Offenbarungspflicht auf Grund überkommener subjektiver Ansichten irgendeines Arbeitgebers anzunehmen, liegt auf der Hand. Anders liegen die Dinge hier nur, wenn es sich um einen „Sonderfall“ handelt, d. h. wenn die tatsächlichen objektiven Gegebenheiten eine „spezielle Offenbarungspflicht“ seitens der Arbeitnehmerin begründen und deshalb der Arbeitgeber in berechtigter Ausübung seiner

persönlichen Entschließungsfreiheit nicht behindert werden darf. Z. B. Bewerbung einer schwangeren Arbeitnehmerin als Hausgehilfin in einem Schülerheim.

Der Mangel dieser Theorie liegt darin begründet, daß Osthold, indem er die Gründe, die geeignet sind, den erkennbaren Willen des Vertragspartners zu bestimmen, für die Entstehung einer speziellen Offenbarungspflicht seitens der Arbeitnehmerin genügen läßt und somit die Voraussetzungen für die Entstehung der Offenbarungspflicht im Subjektiven sucht, während diese einzig und allein aus den objektiven Gegebenheiten des konkreten Arbeitsverhältnisses zu entnehmen sind.

Wenn Osthold dann weiter ausführt, daß der gesetzgeberische Gedanke der sei, lediglich das bestehende Arbeitsverhältnis der werdenden Mutter zu schützen, so verkennt er die Schutztendenz des MuSchG hinsichtlich aller werdenden Mütter. Außerdem läßt er den Bericht über die Sitzung des BT vom 12. 12. 1951¹³³⁾ außer acht, der das Gegenteil beweist. Auf Grund dieses Berichtes steht fest, daß auch hinsichtlich der Einstellung in Bezug auf die Offenbarungspflicht die allgemeinen arbeitsvertraglichen Gesichtspunkte gelten¹³⁴⁾.

2. Schon das RG¹³⁵⁾ hat hinsichtlich der Begründung einer Offenbarungspflicht beim rein schuldrechtlichen Kaufvertrag (frei von jeglichem personenrechtlichen Einfluß) in erster Linie auf die objektiven und nicht auf die subjektiven Verhältnisse abgestellt, indem es sagte:

„Vielmehr ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob nach der Verkehrsauffassung der Käufer von dem Verkäufer die Offenbarung eines dem Verkäufer bekannten, dem Käufer unbekannten Umstandes, der für die Entscheidung des Verkäufers von Erheblichkeit sein konnte, erwarten durfte“¹³⁶⁾.

Die Treupflicht der Arbeitnehmerin konkretisiert sich auch in all den Fällen zur speziellen Offenbarungspflicht, in denen die Arbeitnehmerin sofort erkennen konnte und mußte und auch erkannt hat, daß sie als Schwangere von Anbeginn an schlechthin zu der vereinbarten Tätigkeit nicht in der Lage ist¹³⁷⁾.

Dies wurde vom LAG Hamburg (aaO) zu Recht für den Fall der „zweiten Mamsell“ bejaht. Derartige Fälle lassen sich in beliebiger Zahl anführen. Beispiel: Die werdende Mutter als Schauspielerin, Sängerin, Artistin, Tänzerin, Sportlehrerin usw.¹³⁸⁾.

¹³³⁾ Bericht über die Sitzung des BT v. 12. 12. 1951, S. 7525 C.

¹³⁴⁾ Bulla, Anm. 13 zu § 5.

¹³⁵⁾ RGZ Bd. 62, S. 150.

¹³⁶⁾ RGZ Bd. 62, S. 150.

¹³⁷⁾ LAG Hamburg ARSt VI, S. 332.

¹³⁸⁾ unten § 2 B I.

Eisel¹³⁹⁾ spricht, wenn derartige Voraussetzungen zur Entstehung einer speziellen Offenbarungspflicht gegeben sind, von „besonderen Umständen“. Das LAG München¹⁴⁰⁾ spricht von „sachlichen Gründen“.

Das LAG Hamm¹⁴¹⁾ nimmt ein die spezielle Offenbarungspflicht begründendes hinreichendes betriebliches Interesse und einen derartigen speziellen Arbeitsbereich dann an, „wenn die Dienste ihrer Art nach von einer Schwangeren nicht geleistet werden können“, es spricht hier von Sonderfällen“¹⁴²⁾.

Das Vorliegen dieser objektiven Voraussetzungen der Entstehung einer speziellen Offenbarungspflicht wird immer dann zu bejahen sein, wenn nach objektiver Betrachtungsweise die Arbeit von einer Schwangeren nicht geleistet werden kann, oder die Übernahme bzw. Weiterausübung der Arbeit dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden kann, auf Grund sich daraus ergebender überdurchschnittlicher betrieblicher Komplikationen.

In diesen Fällen wird durch die konkreten arbeitsvertraglichen Verhältnisse eine Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG bewirkt.

C) Besondere Regelungen durch Betriebsordnungen oder Tarifverträge.

An die Untersuchung einer evtl. Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG auf Grund besonderer tatsächlicher Lagerung des Arbeitsverhältnisses schließt sich diejenige, hinsichtlich einer evtl. Abänderbarkeit der in § 5 Abs. 1 MuSchG getroffenen Regelung, durch die wichtigsten vertraglichen „Gestaltungsformen“ des „kollektiven Arbeitsrechts“¹⁴³⁾ — Tarifvertrag und Betriebsordnung — an.

Hierbei ist die Möglichkeit einer anderweitigen Regelung nach zwei Richtungen hin zu prüfen. Einmal ist zu untersuchen, ob mittels einer der genannten kollektivrechtlichen Vereinbarungen die in § 5 Abs. 1 MuSchG beinhaltenen Mitteilungs„pflicht“ abbedungen werden kann und andererseits, ob u. U. (auf dem gleichen Wege) die dispositive Mitteilungspflicht des § 5 Abs. 1 MuSchG für die Arbeitnehmerin durch eine „echte Rechtspflicht“ gleichen Inhalts ersetzt werden kann.

I. Betriebsordnungen:

Es besteht innerhalb der einzelnen Betriebe die Möglichkeit einer allgemeinen Regelung derjenigen Angelegenheiten, die alle Arbeit-

¹³⁹⁾ „MuSchG und seine Auslegung“ Anm. 1 zu § 5.

¹⁴⁰⁾ Amtsbl. Bayer. ArbMin. 1951, S. 158.

¹⁴¹⁾ BB 1953, S. 860.

¹⁴²⁾ Betrieb 1953, S. 948.

¹⁴³⁾ Koch, Bl. f. Str.Soz.Vers.AR 1954, S. 267.

nehmer betreffen, in Form einer sog. Betriebsordnung¹⁴⁴⁾. Parteien dieses kollektivrechtlichen Vertragsgebildes sind Arbeitgeber und Betriebsrat. Besteht in einem Betrieb kein Betriebsrat, so besonders in Kleinbetrieben, so kann der Arbeitgeber eine Betriebsordnung kraft seines Direktionsrechtes erlassen¹⁴⁵⁾.

Es handelt sich hier um „Rechtsetzung im eigenen Wirkungskreis eingeräumter Selbstverwaltung des Betriebs für seinen Bereich“.

Die Normen der Betriebsordnung „ergreifen jedes Arbeitsverhältnis solange als sie in Kraft sind“¹⁴⁶⁾, ohne Rücksicht auf die Kenntnis und den Willen der Arbeitnehmerin. Es ist jedoch nicht so, daß die Normen der Betriebsordnung als vertraglich vereinbart gelten und dadurch in das Arbeitsverhältnis als dessen Bestandteil eingehen, sondern der Betriebsordnung kommt während ihrer Geltungsdauer die Wirkung eines Gesetzes im materiellen Sinne zu. Die Betriebsordnung hat deshalb immer und nur normative Wirkung¹⁴⁷⁾. Sie dient ausschließlich der Regelung materieller und formeller Arbeitsbedingungen und der generellen Regelung der allgemeinen Ordnung des Betriebes¹⁴⁸⁾, sie beruht auf der Vertretungsmacht des Betriebsrates für die Belegschaft und erfaßt daher alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen. Man hat die Betriebsordnung, da sie Normen beinhaltet, die unmittelbar das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und der einzelnen Arbeitnehmerin betreffen, als „normative Betriebsvereinbarung“ bezeichnet¹⁴⁹⁾.

1. Die Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG ist nicht Bestandteil des sog. „Hauptinhalts“ des Arbeitsverhältnisses, sondern als „Nebenpunkt“ desselben zu bezeichnen. Insofern steht einer besonderen Regelung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG durch normative Betriebsvereinbarung (Betriebsordnung) nichts im Wege. Würde die Mitteilungspflicht der schwangeren Arbeitnehmerin zum Hauptinhalt des Arbeitsverhältnisses zu rechnen sein, so könnte eine abweichende Regelung durch Betriebsvereinbarung, welche somit einen Eingriff in den Hauptinhalt des Arbeitsverhältnisses bedeuten

¹⁴⁴⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 82.

¹⁴⁵⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 85.

¹⁴⁶⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 83.

¹⁴⁷⁾ Dietz, Komm. zu BVG 2. Aufl. Anm. 11 zu Vorbem. vor § 56: Diese Folgerung wurde für die frühere Arbeitsordnung aus § 134 c GewO hergeleitet und für die Betriebsordnung der nationalsozialistischen Ära ausdrücklich in § 30 AOG bestimmt.

¹⁴⁸⁾ Koch, Bl. f. Str. Soz. Vers. AR 1954, S. 267: „In allen übrigen Fällen, in denen betriebliche Fragen auf Betriebsebene generell geregelt werden, handelt es sich um sonstige Betriebsvereinbarungen. Hierher gehören insbesondere alle Regelungen, die nur einmal oder nur vorübergehend gelten, oder die nur im Verhältnis der Parteien der Betriebsvereinbarung Bedeutung haben“.

¹⁴⁹⁾ Hueck, RdA 1952, S. 37.

würde, nicht erfolgen, da sich eine solche in Widerspruch zu Art. 2 und 12 GG setzen würde¹⁵⁰⁾.

Bei § 5 Abs. 1 MuSchG handelt es sich um ein „Gesetz im materiellen Sinne“. Die Betriebsordnung steht im Rahmen der Normenhierarchie unter dem Gesetz im materiellen Sinne. Setzt sie sich zu diesem in Widerspruch, so hat das insoweit ihre Ungültigkeit zur Folge. Jedoch ist jede, der höheren Norm nicht widersprechende Regelung zulässig¹⁵¹⁾.

a) Die Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG ist „Sollvorschrift“ (vgl. oben § 1 B I), d. h. Eventualbestimmung für den Fall, daß die Parteien nicht eine anderweitige Regelung getroffen haben. Es handelt sich um eine ergänzende Gesetzesregel, die nur bei fehlendem Willen eingreift¹⁵²⁾.

Von dieser nachgiebigen Gesetzesvorschrift kann in Ausübung des Mitbestimmungsrechtes durch Betriebsordnung abgewichen werden¹⁵³⁾. Die Betriebsordnung (Betriebsvereinbarung mit Normenregelung) ist gegenüber der dispositiven Vorschrift des § 5 Abs. 1 MuSchG nicht die stärkere Rechtsquelle¹⁵⁴⁾, vielmehr bringt die Betriebsordnung als kollektivrechtliches Vertragsgebilde den Willen von Arbeitgeber und Betriebsrat zum Ausdruck, der von § 5 Abs. 1 MuSchG auf Grund seiner nachgiebigen Rechtsnatur berücksichtigt wird.

Auch das Bestehen der Vorschrift des § 56 BVG schließt eine abweichende Regelung der Meldepflicht der werdenden Mutter durch Betriebsordnung nicht aus, obwohl die in § 5 Abs. 1 MuSchG verankerte Mitteilungspflicht unter § 56 Abs. 1 f BVG fällt. Die Mitteilungspflicht ist ihrem eigentlichen Charakter nach als „Frage der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ i. S. des § 56 Abs. 1 f BVG anzusehen, denn das gesamte Meldewesen, sowie auch die Bestimmungen über Krankheitsmeldungen und somit m. E. auch die Schwangerschaftsmeldung der werdenden Mutter, sind „Fragen“ der in § 56 Abs. 1 f BVG bezeichneten Art¹⁵⁵⁾. „Hierher gehören alle Anordnungen, die das betriebliche Geschehen, soweit es sich auf das Verhalten der Arbeitnehmer bezieht, betreffen¹⁵⁶⁾. Die Schwangerschaftsmeldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG betrifft das betriebliche Geschehen und bezieht sich auf das Verhalten der Arbeitnehmerin (hier eben im Falle der Gravidität).

¹⁵⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 302 und 84.

¹⁵¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 84.

¹⁵²⁾ Neuman-Duesberg, RdA 1949, S. 48.

¹⁵³⁾ Fittig-Kraegeloh, Komm. zu BVG, Anm. 7 zu § 56.

¹⁵⁴⁾ a. A. Meissinger, Komm. zu BVG, 1954, Anm. II, 10 zu § 52; übereinstimmend Dietz, Komm. zu BVG, Anm. 5 zu § 56; und Anm. 13 zu Vorbem. zu § 56.

¹⁵⁵⁾ Dietz, Komm. zu BVG, Anm. 33 a zu § 56.

¹⁵⁶⁾ Dietz, Komm. z. BVG, Anm. 33 zu § 56.

Zwar läßt § 56 Abs. 1 BVG den Anspruch auf Abschluß einer Betriebsvereinbarung entfallen, soweit eine gesetzliche Regelung besteht. Damit entfällt aber nur die Notwendigkeit einer Regelung durch Betriebsvereinbarung und nicht deren Zulässigkeit¹⁵⁷⁾. Es handelt sich hierbei um die Setzung objektiven Rechts „im eigenen Wirkungskreis eingeräumten Selbstverwaltung des Betriebs für seinen Bereich“¹⁵⁸⁾, welches alle Arbeitsverhältnisse im Betrieb ergreift. Ebenso wenig steht die Bestimmung des § 58 BVG, die dem Betriebsrat vorschreibt, daß er sich für die „Durchführung“ der Vorschriften über den Arbeitsschutz einzusetzen habe, einer von § 5 Abs. 1 MuSchG abweichenden Regelung durch Betriebsordnung entgegen. Dies deshalb, da § 58 BVG nur die Durchführung bestehender Vorschriften betrifft.

Auch das RAG hat in ständiger Rechtsprechung¹⁵⁹⁾ die Möglichkeit der Abweichung einer späteren Betriebsordnung von bestehendem dispositivem Recht anerkannt.

In seiner Entscheidung vom Jahre 1936 (RAG in ARS Bd. 28, S. 264) vertrat das RAG zwar noch den Standpunkt, daß die günstigere dispositive Gesetzesbestimmung die spätere Klausel der Betriebsordnung verdränge; diese Ansicht hat das Gericht aber bereits im Jahre 1938 (RAG in ARS Bd. 33, S. 289) aufgegeben, indem es ausführte, die Betriebsordnung ergreife die Arbeitsbedingungen auch insoweit, als sie an Stelle nachgiebiger Gesetzesbestimmungen eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Regelung treffe.

Nippert¹⁶⁰⁾ stellte in seiner „Lehre vom Ordnungs-, Leistungs- und Spezialitätsprinzip“ Grundsätze auf, von denen für unseren Problemkreis der Ordnungssatz von besonderem Interesse ist. Nippert sagte:

„Wird innerhalb eines Berufs oder Betriebes eine allgemeine Ordnung des Arbeitsverhältnisses durch eine andere unmittelbar oder nach einem zeitlichen Zwischenraum ersetzt“ (wie hier dispositives Gesetz durch Betriebsordnung) „so gilt die neue Ordnung, ohne Rücksicht darauf, ob die bisherigen Arbeitsbedingungen für den Beschäftigten günstiger waren.“

Auch das RAG (in ARS Bd. 40, S. 443) bekannte sich zum „Ordnungsprinzip“ indem es ausführte:

¹⁵⁷⁾ Dietz, a.a.O. Anm. 5 und 6 b zu § 56.

¹⁵⁸⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 83 und S. 303: Es handelt sich bei der Meldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG um ein Verhalten der werdenden Mutter im Hinblick auf ihre Arbeit, welches durch BO eine besondere Anordnung erfahren kann.

¹⁵⁹⁾ RAG in ARS Bd. 28, S. 264; Bd. 33, S. 289; Bd. 34, S. 136; Bd. 40, S. 443; Bd. 45, S. 123.

¹⁶⁰⁾ Festschrift f. Heinrich Lehmann 1937, S. 257 ff.

„Für das Verhältnis zweier aufeinanderfolgender Gesamtregelungen für denselben Geltungsbereich kann der ‚Günstigkeitsgrundsatz‘ niemals zum entscheidenden Merkmal gemacht werden. Es liegt im Wesen jeder Gesamtregelung, daß sie nur geschaffen wird, wenn die Verhältnisse eine neue Gesamtregelung erfordern und es kann deshalb nicht altes Kollektivrecht neben dem neuen bestehen bleiben. Eine frühere Gesamtregelung wird vielmehr immer durch eine neue ersetzt, mag es sich um vereinbartes oder gesetzliches Kollektivrecht handeln“.

Wird die dispositive Mitteilungspflicht in § 5 Abs. 1 MuSchG durch Betriebsordnung ausgeschaltet, so wird dispositives Gesetzesrecht durch vertragliches Kollektivrecht ersetzt. Ob der Wegfall der Mitteilungspflicht eine für die schwangere Arbeitnehmerin g ü n s t i g e - r e Regelung darstellt, kann hier im Rahmen der Frage nach der Möglichkeit eines Abweichens von § 5 Abs. 1 MuSchG durch eine Betriebsordnung dahingestellt bleiben, da der Günstigkeitsgrundsatz aus den oben zitierten Gründen keine Bedeutung haben kann. Im übrigen wird es bei dieser Frage vorwiegend auf die Art der eingreifenden Beschäftigungsverbote bzw. auf die Möglichkeit des unverschuldeten Nichterkennens des Zustandes der Arbeitnehmerin seitens des Arbeitgebers im Anfangsstadium der Schwangerschaft ankommen. Grundsätzlich ist jedoch in Anbetracht des geltenden MuSchG eine den Wegfall der Meldepflicht statuierende Betriebsordnung gegenüber § 5 Abs. 1 MuSchG als die für die werdende Mutter günstigere Regelung anzusehen, auf Grund der totalen Berücksichtigung der Individualsphäre der schwangeren Arbeitnehmerin ¹⁶¹⁾).

Im Ergebnis ist zu sagen, daß auf Grund besonderer Regelung im Rahmen einer Betriebsordnung, die in § 5 Abs. 1 MuSchG verankerte Mitteilungspflicht der werdenden Mutter entfallen kann, da die letztgenannte Bestimmung dispositiven Charakter hat. Eine unübersteigbare Grenze setzt der Betriebsordnung nur das zwingende Recht, das im Sinne des Vorbehaltes des § 56 Abs. 1 BVG wirkt und nicht nur die Notwendigkeit, sondern auch die Zulässigkeit einer widersprechenden Betriebsordnung ausschließt.

b) Es ist in diesem Zusammenhang weiterhin die Frage zu prüfen, ob eine Betriebsordnung auch eine bereits bestehende „werkstarifliche Regelung“, die zu einer Verschärfung oder Erleichterung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG führt, ablösen kann, indem sie die Meldepflicht der werdenden Mutter entfallen läßt.

¹⁶¹⁾ Vgl. jedoch unten § 3 „Gedanken de lege ferenda“.

Hierbei kommt es in erster Linie darauf an, ob die Regelung der Meldepflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG „in dem Bereich, dem der Betrieb angehört, üblicherweise durch Tarifvertrag erfolgt“¹⁶²⁾. Ist dies der Fall, so bleibt es nicht nur beim Fehlen der „Notwendigkeit“ einer Regelung durch normative Betriebsvereinbarung, sondern dann entfällt auch die „Zulässigkeit“ einer solchen, da es sich — wie bereits dargetan — bei der Mitteilungspflicht der werdenden Mutter um eine der in § 56 aufgezählten Fragen handelt und somit § 59 BVG eingreift, der auch im Bereich des § 56 BVG zur Anwendung kommt¹⁶³⁾. Anders ist es, wenn der Tarifvertrag eine diesbezügliche „Zulassungsnorm“ enthält¹⁶⁴⁾.

Erfolgt eine derartige Regelung im Bereich des Betriebs nicht üblicherweise durch Tarifvertrag, so kann trotz tariflicher Regelung eine Betriebsvereinbarung über die Frage geschlossen werden, jedoch nur unter Berücksichtigung des „Günstigkeitsprinzips“¹⁶⁵⁾, da gem. § 4 Abs. 3 TVG für die Tarifgebundenen vom Tarifvertrag abweichende Regelungen nur dann wirksam sind, wenn sie günstiger sind. Insofern ist also einer späteren Betriebsordnung Wirksamkeit zuzusprechen wenn sie die Mitteilungspflicht der werdenden Mutter entfallen läßt, während die bestehende tarifvertragliche Regelung lediglich eine Modifizierung der Meldepflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG vorsah.

Liegt keine tarifvertragliche Regelung vor, wird aber im Bereich des Betriebes „üblicherweise“ die Mitteilungspflicht der werdenden Mutter als eine Frage der Ordnung des Betriebes und des erweiterten mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutzes durch Tarifvertrag geregelt, so schließt § 59 BVG expressis verbis die Zulässigkeit einer Betriebsvereinbarung aus.

Hiergegen ist mit Recht der Standpunkt vertreten worden, daß dies eine Beschränkung des Selbstverwaltungsrechtes in kaum erträglichem Maße bedeute. Es könne nicht Sinn dieser Vorschrift sein, den reibungslosen Ablauf des Arbeitslebens im Betrieb zu hemmen. Daher müsse jede der höheren Norm nicht widersprechende Regelung zulässig sein. Das folge „contra legem“ aus dem „Gedanken des Kollektivrechtes im Betriebsrahmen“ und nicht aus willkürlicher Gesetzesauslegung¹⁶⁶⁾.

¹⁶²⁾ Dietz, Komm. zu BVG, Anm. 7 zu § 56.

¹⁶³⁾ Dietz, RdA 1955, S. 241; Fittig-Kraegeloß, Komm. zu BVG, 3. Aufl. Anm. 6 zu § 56 und Anm. 6 zu § 59; a.A.: Nikisch, BB 1953, S. 179; Vielhaber, BB 1953, S. 358; G. Hueck, RdA 1952, S. 366.

¹⁶⁴⁾ Koch, Bl. f. Str. Soz. Vers. AR 1954, S. 267.

¹⁶⁵⁾ Dietz, Komm. z. BVG, Anm. 6 b zu § 56.

¹⁶⁶⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 84 unter 2 a; a.A. die h.L.

Es ist also daran festzuhalten, daß auch in diesem Falle eine Regelung im Wege der normativen Betriebsvereinbarung zulässig ist, welche die Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG beseitigt.

2. Problematisch gestaltet sich die Frage nach einer Abweichung von der Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG im Wege des Mitbestimmungsrechtes durch Betriebsordnung, die dahin geht, daß die nachgiebige Melde„pflicht“ der schwangeren Arbeitnehmerin zur zwingenden Rechtspflicht ausgestaltet wird.

a) eine solche Regelung im Rahmen einer Betriebsvereinbarung ist unzulässig. Sie bedeutet einen Eingriff in die Individualsphäre der werdenden Mutter. Sie ist aber nicht etwa deshalb unzulässig, weil sie zuungunsten der werdenden Mutter sprechen würde, denn das hier eingreifende Ordnungsprinzip schaltet das Günstigkeitsprinzip aus. Vielmehr ist sie deshalb unzulässig, weil eine derartige Regelung nicht mehr in den Rahmen der Vertretungsmacht des Betriebsrats fällt. Die gesetzliche Vertretungsmacht des Betriebsrates hört dort auf, wo die Individualsphäre der Arbeitnehmerin beginnt¹⁶⁷⁾.

b) Bei bestehender tarifvertraglicher Regelung wäre eine derartige Regelung schon gem. § 4 Abs. 3 TVG wegen Verletzung des Günstigkeitsprinzips unzulässig, abgesehen von dem Mangel an Vertretungsmacht des Betriebsrates hinsichtlich derjenigen Belange der Arbeitnehmerin, die im Bereich der Individualsphäre liegen.

II. Tarifverträge:

Während die Betriebsvereinbarung auf der gesetzlichen Vertretungsmacht des Betriebsrats für die Belegschaft beruht und daher alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer erfaßt, leitet der Tarifvertrag seine Rechtswirksamkeit „aus dem freien Zusammenschluß der Mitglieder der Tarifvertragsparteien (Koalition) und aus ihrer satzungsmäßigen Ermächtigung zum Vertragsabschluß her“¹⁶⁸⁾. Es handelt sich bei Abschluß des Tarifvertrags um einen „Akt der Selbstverwaltung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber in ihrem gemeinschaftlichen Lebensbereich“. Dieses Recht ist durch die Verfassungen garantiert (vgl. Verf. Bay. Art. 169 Abs. 2).

Die abschließenden Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmerverbände sind „durch ihre Mitglieder berechtigt, für diese verpflichtende und berechtigende Rechtsbeziehungen einzugehen (Verbandstheorie)“¹⁶⁹⁾.

¹⁶⁷⁾ Vgl. Siebert, BB 1953, S. 241; Koch, Bl. f. Str. Soz. Vers. AR 1954, S. 267; Schnorr von Carolsfeld, aa.O. unter 2 cß.

¹⁶⁸⁾ Koch, Bl. f. Str. Soz. Vers. AR 1954, S. 267.

1. Die Vorschriften des „normativen Teiles“ erfassen gem. § 3 Abs. 2 TVG die gesamte Betriebsbelegschaft, sofern der Arbeitgeber vom Tarifvertrag betroffen wird ¹⁷⁰⁾).

Die Meldepflicht der werdenden Mutter gem. § 5 Abs. 1 MuSchG kann als „Rechtsnorm, die den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses ordnen kann“, gem. § 1 Abs. 1 TVG Gegenstand tarifvertraglicher Regelung sein, wobei es sich um eine inhaltliche Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer handelt ¹⁷¹⁾. Es geht hier um eine Frage der „Ordnung des Betriebs“ welche im „Normenteil im uneigentlichen Sinn“ des Tarifvertrages ihre Regelung finden muß, da sogleich Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer als Mitglieder der Vertragspartei (Betriebsrat) entstehen sollen und die Durchführbarkeit einer derartigen Modifizierung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG ihre Wirkung auf die Gesamtbelegschaft (hier weibliche Belegschaft) verlangt ¹⁷²⁾. Letzteres schon allein aus betriebsorganisatorischen Gründen und aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung des betrieblichen Zusammengehörigkeitsgefühles.

a) Läßt eine tarifliche Regelung die in § 5 Abs. 1 MuSchG geregelte Meldepflicht der schwangeren Arbeitnehmerin entfallen, so wird nachgiebiges Gesetzesrecht (ebenso wie im Falle der Betriebsordnung) durch vertragliches Kollektivrecht zugunsten der werdenden Mutter abgeändert. Dabei spielt die Frage der Günstigkeit auf Grund des auch hier eingreifenden Ordnungsprinzips keinerlei Rolle ¹⁷³⁾).

b) Besteht bereits eine, die Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG modifizierende Regelung in Form einer normativen Betriebsvereinbarung, so gelten für die Ablösung dieser kollektiven arbeitsrechtlichen Regelung durch das neue Tarifvertragsrecht das Ordnungs-, Leistungs- und Spezialitätsprinzip ¹⁷⁴⁾.

¹⁶⁹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 59: Ablehnung der Vertretungs- und Kombinationstheorie als lebensfremd; Schnorr von Carolsfeld, „Geschichte der juristischen Person“ Bd. 1 S. 1, allg. Erwägungen hinsichtlich der Art der „Teilnahme einer Menschengruppe an der Ordnung des Verkehrsrechts“.

¹⁷⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 61.

¹⁷¹⁾ Vgl. Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. z. TVG, Anm. 35 zu § 1.

¹⁷²⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 61 u. 63: Die Solidarnorm steht hinsichtlich ihrer Durchsetzbarkeit der Norm einer Betriebsordnung gleich.

¹⁷³⁾ Seibertz, BB 1950, S. 652; Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. zu TVG, 3. Aufl. Anm. 81 zu § 4.

¹⁷⁴⁾ Vgl. Nipperdey, Festschrift f. Heinrich Lehmann 1937, S. 257 ff.; Nikisch „Arbeitsrecht“ 1951, S. 324 und 325.

Es wurde zu Recht der Standpunkt vertreten ¹⁷⁵⁾, daß die beiden letzteren Prinzipien „auf dem Grundgedanken beruhen, daß jedes nach seinem Wirkungsbereich engere Gestaltungsmittel in der Arbeitsverfassung zugunsten des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis an individuelle Verhältnisse anpassen“ könne. In diesem Sinne könne man das Günstigkeitsprinzip als den Oberbegriff für das Spezialitäts- und Leistungsprinzip bezeichnen.

Das Spezialitätsprinzip besagt:

„Eine günstigere betriebliche Regelung (Betriebsvereinbarung, Betriebsordnung, allgem. Arb.Bed.) bleibt, so lange sie gilt, gegenüber dem Tarifvertrag bestehen.“ ¹⁷⁶⁾

Besteht also bereits eine betriebliche Ordnung, welche etwa die Meldepflicht der werdenden Mütter gegenüber der Regelung in § 5 Abs. 1 MuSchG modifiziert, so wird diese durch einen Tarifvertrag, der die Mitteilungspflicht entfallen läßt, aufgelöst, auf Grund des hier entscheidenden Günstigkeits- bzw. Spezialitätsprinzips.

2. Es ist zwar grundsätzlich möglich, daß die Tarifvertragsparteien durch Aufnahme entsprechender Bestimmungen in den Tarifvertrag dispositives Gesetzesrecht ablösen und denselben Rechtsgegenstand als „ius cogens“ gestalten wollen ¹⁷⁷⁾.

Eine Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG kann jedoch durch eine entsprechende tarifvertragliche Normensetzung nicht erreicht werden, da hierzu die Ermächtigung der Verbände (Tarifvertragsparteien) nicht ausreicht. Die Verbände sind zwar durch ihre Mitglieder ermächtigt, für diese auch verpflichtende Rechtsbeziehungen einzugehen, jedoch würde ein derartiger Eingriff in die Individualsphäre der Arbeitnehmerin nicht mehr in den Rahmen der genannten Ermächtigung fallen.

Ebenso wie im Falle der Betriebsordnung die Vertretungsmacht des Betriebsrats, hört die Ermächtigung der Verbände da auf, wo die Individualsphäre der Arbeitnehmerin ihren Anfang hat.

„Der Zweck eines Tarifvertrages ist es, die sozialen Spannungen in seinem Geltungsbereich zu beseitigen und dadurch für beide Partner erträgliche Bedingungen der Zusammenarbeit zu schaffen, welche sowohl für die wirtschaftliche Kalkulation des Arbeitgebers hinsichtlich der Preisgestaltung, wie auch für die Arbeitnehmerin hinsichtlich ihres Lebensaufbaues notwendig sind“ ¹⁷⁸⁾.

Durch eine zwingende Gestaltung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG wird der Zweck eines Tarifvertrages nicht erreicht,

¹⁷⁵⁾ Hueck-Nipperdey-Tophoven, Komm. z. TVG, Anm. 81 und 76 zu § 4.

¹⁷⁶⁾ Nipperdey, Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin 1937, S. 257.

¹⁷⁷⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 61.

¹⁷⁸⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 60.

weshalb die „Notwendigkeit“ einer tarifvertraglichen Regelung entfällt. Der durch eine zwingende Gestaltung der Meldepflicht gegebene Eingriff in die Individualsphäre der Arbeitnehmerin läßt darüber hinaus die „Zulässigkeit“ entfallen.

3. Besteht eine zulässige tarifvertragliche Regelung, die eine Ergänzung bzw. Abschwächung der Meldepflicht gemäß § 5 Abs. 1 MuSchG zum Gegenstand hat und erfolgt „unmittelbar oder nach einem zeitlichen Zwischenraum“ eine andere diesbezügliche tarifvertragliche Regelung zulässiger Art, so gilt die neue Regelung (Ordnungsprinzip).

§ 2

A. Die Verletzung der Mitteilungspflicht.

I. Die Verletzungstatbestände:

Die Arbeitnehmerin kann die Meldepflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG verletzen, indem sie eine inhaltlich unrichtige oder gar vollkommen unbegründete Mitteilung i.S.d. genannten Bestimmung macht. Ebenso kann sie die Mitteilung der Schwangerschaft unterlassen, obwohl eine solche vorliegt.

In diesen Fällen handelt es sich um einen planmäßigen Gebrauch der Vertragsstellung seitens der Arbeitnehmerin in der Weise, daß zugunsten ihrer eigenen, vertragswidrigen Belange dem Arbeitgeber der Genuß der ihm vertraglich zugestandenen Rechte vereitelt wird.

a) Die Arbeitnehmerin verletzt durch ein derartiges Verhalten ihre, in § 5 Abs. 1 geregelte „Pflicht“ aus dem MuSchG. Die genannte Bestimmung verlangt eine Meldung seitens der werdenden Mutter dann, wenn dieser ihr Zustand bekannt ist. Die Berücksichtigung des § 5 Abs. 1 MuSchG, als „mutterschutzrechtliche Pflicht“ der Arbeitnehmerin, fällt im Rahmen der schlechthin gegebenen Arbeitnehmerpflicht der werdenden Mutter unter die sog. „weiteren Pflichten der Arbeitnehmerin“¹⁷⁹⁾.

b) Gleichzeitig verletzt die Arbeitnehmerin im Falle des Vorliegens der obengenannten Tatbestände die ihr im Rahmen der allgemeinen Treupflicht obliegende Pflicht zur Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit gegenüber dem Arbeitgeber.

Die Arbeitnehmerin ist auch insofern dem Arbeitgeber und dem Betrieb gegenüber zur Treue verpflichtet, denn sie hat alles zu unterlassen, was ihrem Betrieb schädlich sein könnte¹⁸⁰⁾. Es handelt sich auch hier letzten Endes um die Aufrechterhaltung ihrer Arbeitsheimat¹⁸¹⁾.

¹⁷⁹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 339.

¹⁸⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 333.

¹⁸¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 333.

II. Schuldfragen:

Verletzt die werdende Mutter die ihr vom Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 auferlegte Mitteilungs„pflicht“, so kann dies schuldhaft oder schuldlos geschehen.

Die schuldhafte Verletzung der Meldepflicht der schwangeren Arbeitnehmerin kann auf verschiedenen Verschuldensformen beruhen, d. h. sie kann vorsätzlich oder fahrlässig begangen sein.

Verletzt die werdende Mutter die ihr gem. § 5 Abs. 1 MuSchG obliegende Meldepflicht schuldhaft, so ist „subjektiv notwendige Voraussetzung für die Vertretungspflicht“¹⁸²⁾ die Zurechnungsfähigkeit der schwangeren Arbeitnehmerin, wobei hier namentlich §§ 276 Abs. 1 i. V. m. 828 Abs. 2 BGB hinsichtlich der minderjährigen werdenden Mutter unter 18 Jahren zu berücksichtigen ist. Ebenso die Bestimmung des § 827 BGB, auf welche auch § 276 Abs. 1 S. 3 BGB verweist.

Da die Haftung der Arbeitnehmerin deren Verschulden voraussetzt, ergeben sich hier „Schwierigkeiten hinsichtlich des Bezugspunktes der Geisteshaltung, die bei diesen Fragen aus dem subjektiven Bereich stets objektiv, d. h. innerhalb des objektiv subjektiven Tatbestandes vorhanden sein muß, oder (bei Prüfung der Voraussetzungen für die Wertung als unbewußte Fahrlässigkeit) vorhanden sein müßte“¹⁸³⁾.

Grundsätzlich ist bei den hier anzustellenden Untersuchungen davon auszugehen, daß sich die Schuld der Arbeitnehmerin nur auf die Mitteilungs„pflicht“ i. S. d. § 5 Abs. 1 MuSchG erstreckt. Bezieht sich die Schuld der Arbeitnehmerin auch auf die Folgen der Verletzung der Meldepflicht, so liegt eine Verletzung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG sowohl, als auch eine selbständige Verletzung der allgemeinen Treupflicht vor, so daß man dann eine vorwerfbare Schadensherbeiführung annehmen muß. Ebenso ist dies der Fall, wenn sich die Schuld der Arbeitnehmerin auf die sich aus der Verletzung der Meldepflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG ergebenden Folgen bezieht. In diesem Falle liegt nur eine Treupflichtverletzung, jedoch keine MuSchG-Pflichtverletzung vor. Die Arbeitnehmerin will sich hier entweder die gesetzlichen Wohltaten des erweiterten mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutzes schlechthin erschwindeln, oder zumindest unberechtigt schon vor dem richtigen Zeitpunkt des Beginns der in den einzelnen Beschäftigungsverboten geregelten Schutzfristen von der Arbeit befreit werden, ohne dadurch (auf Grund der Bestimmungen der §§ 10 ff. MuSchG) einen finanziellen Schaden zu erleiden.

¹⁸²⁾ RGR Komm. zu BGB Anm. 4 a zu § 276.

¹⁸³⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 212.

1. Die Arbeitnehmerin kann dem Arbeitgeber vorsätzlich eine inhaltlich unrichtige oder gar vollkommen unbegründete Meldung i.S.d. § 5 Abs. 1 MuSchG machen. Ebenso kann sie vorsätzlich die Mitteilung der Schwangerschaft unterlassen¹⁸⁴⁾.

Der Vorsatz der Arbeitnehmerin muß das Wissen und Wollen der rechtswidrigen Beeinträchtigung ihrer Arbeitnehmerpflicht¹⁸⁵⁾, durch Verletzung der Meldepflicht umfassen. Es genügt nicht, wenn sich der Vorsatz nur auf das Tun oder Unterlassen (Falschmeldung — Verschweigen) der Arbeitnehmerin bezieht, sondern er muß sich auch auf die „Eignung dieses Verhaltens, Hinderungsgrund“¹⁸⁶⁾ für die Ausübung der Arbeitnehmerpflicht in Form der Mitteilungspflicht zu sein, beziehen.

2. Ebenso wie die werdende Mutter die Mitteilungspflicht vorsätzlich verletzen kann, besteht die Möglichkeit einer fahrlässigen Verletzung.

„Die Geisteshaltung, welche (objektiv) die Voraussetzung für den Vorwurf der Fahrlässigkeit ist, muß, was die Bezugspunkte anlangt, die gleiche sein“, wie die eben unter 1. beim Vorsatz besprochene, „nur nicht als Wissen und Wollen, sondern als mangelhaftes Wissen und Wollen, orientiert daher am Durchschnitt oder an den Besonderheiten gerade dieser Persönlichkeit“¹⁸⁷⁾.

Das RG hat die Fahrlässigkeit als die „Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“¹⁸⁸⁾ nicht nur der verkehrüblichen Sorgfalt¹⁸⁹⁾ bezeichnet.

Ob die Arbeitnehmerin die Mitteilungspflicht fahrlässig verletzt hat, ist Tatfrage. Voraussetzung ist, „daß die Handelnde bei pflichtgemäßer Anwendung der erforderlichen Sorgfalt schädliche Folgen für ihr Tun hätte voraussehen können, solche Sorgfalt aber nicht angewendet hat. Gerade dafür muß sie aufkommen“¹⁹⁰⁾. D. h. die Arbeitnehmerin handelt dann fahrlässig, wenn sie auf das Bestehen der Schwangerschaft vertraut und so die Mitteilungspflicht verletzt, indem sie dieser fälschlich nachkommt, obwohl sie bei pflichtgemäßer Anwendung der erforderlichen Sorgfalt ihren wirklichen Zustand

¹⁸⁴⁾ Verschweigt die werdende Mutter ihren Zustand aus rein menschlichen Erwägungen heraus, welche „Verständnis und Rücksichtnahme verdienen können, wie es der allgemeinen Tendenz des MuSchG entspricht, so entfällt das Verschulden; vgl. auch Bulla Anm. 75 zu § 5.

¹⁸⁵⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 339.

¹⁸⁶⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 212.

¹⁸⁷⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 212.

¹⁸⁸⁾ Vgl. RG Bd. 95, S. 17; JW 1904, S. 356 und 357; 1906, S. 336 und 351; RG Bd. 127, S. 217, ferner: RG Komm. zu BGB 10 Aufl. Anm. 4 c zu § 276; Enneccerus-Nipperdey, 14. Aufl. Allg. Teil 2. Halbbd. S. 936.

¹⁸⁹⁾ Vgl. RG Bd. 105, S. 83; Bd. 128, S. 44; Bd. 138, S. 325; Bd. 148, S. 162 RG JW 1938, S. 1246; RG Gruch Bd. 48, S. 789; Bd. 50, S. 978.

¹⁹⁰⁾ RG Komm. zu BGB aa.O.

hätte erkennen können, eine derartige Sorgfalt bei Prüfung des Eintritts bzw. Nichteintritts der Konzeption jedoch nicht angewendet hat. Das gleiche gilt, wenn die schwangere Arbeitnehmerin auf das Nichtbestehen der Schwangerschaft vertraut und deshalb eine Meldepflicht als nicht gegeben erachtet.

„Den Maßstab für den zur Verhütung eines Schadens anzuwendenden Grad von Umsicht und Sorgfalt geben die Anforderungen des Verkehrs“¹⁹¹⁾. Danach begründet schon jede, auch nur geringe Fahrlässigkeit eine Haftbarkeit gem. § 276 BGB¹⁹²⁾. Im Verkehr eingerissene Nachlässigkeiten haben keine Berücksichtigung zu finden, so etwa die in einzelnen Betrieben üblichen Ungenauigkeiten hinsichtlich der Meldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG¹⁹³⁾. Andererseits sind aber gerade hinsichtlich unseres Problemkreises keine überspannten Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der werdenden Mutter zu stellen, auf Grund der u. U. gegebenen „medizinischen Problematik“¹⁹⁴⁾. Man kann z. B. von der Arbeitnehmerin nicht verlangen, bereits nach dem ersten Ausbleiben der Regelblutungen sofort Meldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG zu erstatten, sondern man wird hier auch der erfahrenen und volljährigen Frau einen Spielraum von etwa 14 Tagen zugestehen müssen, um ihr Gelegenheit zu geben, durch ärztliche Untersuchung feststellen zu lassen, ob eine Gravidität vorliegt. Ist jedoch die Periode bereits zweimal ausgeblieben, so liegt bei Unterlassen der Schwangerschaftsmitteilung bei jeder geschlechtsreifen und geistig normal veranlagten Frau ein Verschulden und zwar zumindest in Form der bewußten Fahrlässigkeit (*luxuria*) vor. Auch kann nach dem Stand der heutigen medizinischen Erkenntnisse das Auftreten sog. „Nachblutungen“ die werdende Mutter nicht aus der Haftung entlassen, da diese auch von einem Laien von einer echten Menstruation unterschieden werden können¹⁹⁵⁾. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, daß auch eine unbegründete verfrühte Meldung als fahrlässig angesehen werden kann.

Die Frage, nach welchem Maßstab die Fahrlässigkeit zu bemessen ist, ist an Hand der Grundsätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu beantworten. Während die h. L.¹⁹⁶⁾ einen individuellen Maßstab ablehnt (anders als im Strafrecht), läßt sie im Rahmen des Zivilrechts dem Grundsatz der Bemessung der Schuld nach einer abgestuften Durchschnittlichkeit gelten. Dies würde für unseren Problemkreis bedeuten, daß der Maßstab der Sorgfalt, den eine geistig nor-

¹⁹¹⁾ RG Bd. 102, S. 49.

¹⁹²⁾ RG Bd. 86, S. 151; Bd. 123, S. 220, Bd. 152, S. 140.

¹⁹³⁾ RG Bd. 102, S. 49; Bd. 105, S. 83; JW 1904, S. 356; 1906 S. 351.

¹⁹⁴⁾ Auch RG Gruch Bd. 49, S. 614.

¹⁹⁵⁾ Vgl. unten § 2 C II, 5 a, b, c.

¹⁹⁶⁾ So z. B. RGZ Bd. 95, S. 16; Bd. 152, S. 140; RGR Komm. zu BGB Anm. 4 b

male, gewissenhafte und ordentliche Arbeitnehmerin hinsichtlich der in § 5 Abs. 1 MuSchG auferlegten Mitteilungspflicht anzuwenden hat, ein objektiv wäre¹⁹⁷⁾.

Nach richtiger Ansicht¹⁹⁸⁾ ist aber „auch im Zivilrecht der strafrechtliche Gedanke anzuwenden“, d. h. der Verschuldensgrundsatz welcher vom Gesetzgeber aufgestellt ist, ist auch wirklich zu befolgen.

Diese Frage hat vor allem große Bedeutung für die Haftung der noch in Ausbildung befindlichen Personen¹⁹⁹⁾.

So ist der Grad der Einsicht und der Erfahrung der jeweiligen Arbeitnehmerin, bzw. der Unerfahrenheit, entgegen der h. L. zu deren Ungunsten bzw. Gunsten zu werten.

3. Eine schuldlose Verletzung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG liegt seitens der Arbeitnehmerin vor, wenn weder vorsätzlich noch fahrlässig eine inhaltlich unrichtige oder gar vollkommen unbegründete Schwangerschaftsmeldung erfolgte, bzw. bei Vorliegen einer Konzeption eine Mitteilung schuldlos unterbleibt.

Denkbar ist dies etwa bei Vorliegen einer sog. „Anomalie der Menstruation“²⁰⁰⁾. Ebenso besteht die Möglichkeit der schuldlosen Pflichtverletzung in den Fällen der §§ 276 Abs. 1 i. V. m. 827, bzw. 828 Abs. 2 BGB.

III. Rechtsfolgen der tatbestandsmäßigen und schuldhaften Handlungen und Unterlassungen:

Von ausschlaggebender Bedeutung für unseren Problemkreis ist die Untersuchung der praktischen Auswirkungen einer die Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG betreffenden Pflichtverletzung seitens der Arbeitnehmerin.

Die Rechtsfolgen eines derartigen Verhaltens sind von vorneherein in zwei Gruppen einzuteilen. In solche, die nach Mutterschutzrecht und solche, die nach allgemeinem Arbeitsvertragsrecht zu beurteilen sind²⁰¹⁾.

1. Das mutterschutzrechtliche Problem kennzeichnet die Frage nach der Erzwingbarkeit der Schwangerschaftsmeldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG. Die Antwort liegt nach den über die „Rechtsnatur“ und „ratio legis“ des § 5 Abs. 1 MuSchG angestellten Betrachtungen auf der Hand. Allein aus der dispositiven Regelung²⁰²⁾ des § 5

und c. z. § 276; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, S. 135.

¹⁹⁷⁾ Parallel: RG Bd. 95 S. 117; Bd. 83 S. 75.

¹⁹⁸⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 306; Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, Bd. a S. 435 ff.; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, S. 275.

¹⁹⁹⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 306 F 6.

²⁰⁰⁾ Weibel-Antoine, Lehrbuch der Frauenheilkunde, Bd. 1, S. 94.

²⁰¹⁾ Vgl. hierzu auch: Bulla, Anm. 72 zu § 5.

²⁰²⁾ Vgl. oben § 1 B I.

Abs. 1 MuSchG ergibt sich, daß die dort festgelegte Mitteilungs- „pflicht“ (wie auch die Zeugnisvorlage „pflicht“) nicht erzwungen werden kann²⁰³⁾. Durch die der werdenden Mutter in der zitierten Bestimmung eingeräumte Schlüsselposition²⁰⁴⁾ wird vielmehr klar, daß die Aktivierung der Wohltaten des erweiterten mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutzes zunächst dem tatsächlichen Machtbereich der Arbeitnehmerin unterstellt ist, wobei das eigene Interesse der Schwangeren an der Auslösung der Vorteile des MuSchG, die dem § 5 Abs. 1 MuSchG inhärente Garantiefunktion²⁰⁵⁾ erkennen läßt. Von einer mutterschutzrechtlichen Erzwingbarkeit der Schwangerschaftsmeldung kann jedoch nicht die Rede sein.

2. Die sich aus den arbeitsvertraglichen Grundsätzen ergebenden Rechtsfolgen einer schuldhaften „Pflicht“verletzung der Arbeitnehmerin hinsichtlich der Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG können verschiedenartig sein, ebenso wie die Art der Verletzung.

a) Auszugehen ist zunächst vom typisch gelagerten Arbeitsverhältnis, d. h. es sind die Fälle zugrunde zu legen, in denen die Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG keine „echte Rechtspflicht“ der Arbeitnehmerin ist (oder in den Fällen der Vorspiegelung des Schwangerschaftszustandes — wäre) und somit eine Wandlung der Rechtsnatur des § 5 Abs. 1 MuSchG nicht stattgefunden hat.

Bulla²⁰⁶⁾ geht bei seinen Untersuchungen hinsichtlich der Rechtsfolgen der unterlassenen Mitteilung schlechthin vom atypischen Arbeitsverhältnis aus, d. h. er hält eine Prüfung der Vertragsverletzung und Kündigung bzw. Entlassung nur in denjenigen Fällen für möglich, in denen auf Grund der besonderen tatsächlichen Lagerung des Arbeitsverhältnisses seitens der Arbeitnehmerin eine „Rechtspflicht zur Offenbarung“ besteht²⁰⁷⁾.

Dieser Standpunkt mag wohl auf der Erwägung beruhen, daß bei Vorliegen typisch gelagerter Arbeitsverhältnisse die Verletzung der dispositiven Vorschrift des § 5 Abs. 1 MuSchG keine besonderen Rechtsfolgen haben kann, da insoweit eine „echte Rechtspflicht“ zur Offenbarung nicht besteht.

Dem ist m. E. nicht zu folgen, denn das Vorliegen einer Vertragsverletzung auf Grund Nichtbefolgung oder nicht gehöriger Befolgung des § 5 Abs. 1 MuSchG setzt keinesfalls den zwingenden Rechtscharakter dieser Bestimmung voraus. Hier ist wiederum strengstens zwischen Mutterschutzrecht und allgemeinem Arbeitsvertragsrecht zu

²⁰³⁾ Bulla, Anm. 73, zu § 5.

²⁰⁴⁾ Vgl. oben § 1 A I, 1.

²⁰⁵⁾ Vgl. oben § 1 A, I, 1.

²⁰⁶⁾ Anm. 75 ff. zu § 5.

²⁰⁷⁾ Vgl. oben § 1 B, II.

unterscheiden. Auch in der Nichtbeachtung einer nachgiebigen mutterschutzrechtlichen Vorschrift kann eine Verletzung des Arbeitsvertrages zu erblicken sein, insbesondere auf Grund des besonderen arbeitsvertraglichen Treueverhältnisses.

b) „Bei der Abwicklung von Vertragsverhältnissen“ (somit auch bei **Abwicklung jedes Arbeitsvertragsverhältnisses**) „hat jeder Vertragsteil nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Pflicht, den ihm bekannten besonderen Interessen des anderen Rechnung zu tragen und sein Verhalten so einzurichten, daß Schaden für den anderen möglichst vermieden wird“ ²⁰⁸⁾.

Für unseren Problemkreis ist bei bestehendem Arbeitsverhältnis die sog. positive Vertragsverletzung für zwei Fallgruppen von Bedeutung:

aa) Zunächst für die schuldhafte Verletzung der Mitteilungspflicht durch **Vorspiegelung des Schwangerschafts-Tatbestandes**, oder durch eine vorsätzlich oder fahrlässig abgegebene inhaltlich mangelhafte Meldung, die eine Schädigung des Arbeitgebers zur Folge hat ²⁰⁹⁾.

Schuldhafte Verstöße dieser Art gegen die Meldepflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG bzw. allgemeine Treupflicht der Arbeitnehmerin begründen eine Schadensersatzpflicht derselben aus dem Gesichtspunkt der **positiven Forderungsverletzung**, „da in den genannten Fällen die Handlung der Arbeitnehmerin rechtswidrig und in zu vertretender Weise erfolgt und weder Verzug, noch zu vertretende Unmöglichkeit vorliegen“ ²¹⁰⁾.

Handelt die Arbeitnehmerin vorsätzlich in Bezug auf die Verletzung der Mitteilungspflicht, bzw. Treupflicht, so tritt neben die Haftung aus positiver Vertragsverletzung eine solche aus unerlaubter Handlung gem. §§ 823 Abs. 1 und 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB und evtl. § 826 BGB.

bb) **Verschweigt** die werdende Mutter ihren Zustand, d. h. unterläßt sie die gem. § 5 Abs. 1 MuSchG gebotene Meldung, so gelten ebenfalls die unter aa) entwickelten Grundsätze.

Außerst problematisch gestaltet sich die Haftungsfrage bei **fahrlässigem Unterlassen** der Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG seitens der Arbeitnehmerin. Ebenso wie in den Fällen der vorsätzlichen Verletzung der Meldepflicht bzw. arbeitnehmerischen Treupflicht (Pflicht zur Aufrichtigkeit) ist rein theoretisch und folge-

²⁰⁸⁾ RGR Komm. z. BGB Anm. 4 e zu § 276.

²⁰⁹⁾ Vgl. oben § 2 A, I, 1.

²¹⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 304.

richtig auch im Falle des fahrlässigen Unterlassens der Schwangerschaftsmitteilung eine Haftung der Arbeitnehmerin aus Vertragsverletzung zu bejahen.

IV. Fragen der Beweislast:

1. Der Arbeitgeber muß das die Melde„pflicht“ gem. § 5 Abs. 1 MuSchG verletzende Verhalten der Arbeitnehmerin beweisen, wenn er aus dieser Tatsache Rechte herleiten will. Dabei ist hier zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber die Verletzung der Arbeitnehmerpflicht durch Nicht- oder nicht gehörige Befolgung des § 5 Abs. 1 MuSchG als im Rahmen „der Einflußsphäre der Arbeitnehmerin dar-tun muß, diese aber Momente beizubringen hat, aus denen sich die nicht unwahrscheinliche Möglichkeit ergibt“ ²¹¹⁾, daß sie die Verletzung der Meldepflicht nicht verschuldet hat.

Der Arbeitgeber muß bei vorsätzlichem Verschweigen des Schwangerschaftszustandes seitens der werdenden Mutter, das Verschulden derjenigen beweisen und darüber hinaus, daß ein Schuldaußschließungsgrund auf Grund zu berücksichtigender menschlicher Erwägungen, der Arbeitnehmerin nicht zur Seite steht ²¹²⁾.

2. Im Falle der fahrlässigen Verletzung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG hat der Arbeitgeber außer dem Verschulden der Arbeitnehmerin zu beweisen, daß der genannte Schuldaußschließungsgrund nicht gegeben gewesen wäre. Eine Beweisführung dieser Art stößt jedoch auf praktische Schwierigkeiten, weshalb der Fahrlässigkeitshaftung in diesem Zusammenhang überwiegend theoretische Bedeutung beizumessen ist.

3. Hat die Arbeitnehmerin während der Einstellungsverhandlungen ihre Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG in der unter 2 a, b bezeichneten Art verletzt, so ist ihre Haftung auf Grund „Verschuldens bei Vertragsschluß“ und daneben evtl. auch aus unerlaubter Handlung gegeben.

Es hat sich in der Rechtsprechung für Vorgänge vor und bei Abschluß des Vertrages „eine allgemeine Anerkennung vertraglicher Haftung entwickelt“ ²¹³⁾. Es gilt der allgemeine Rechtssatz, daß eine Haftung bereits durch schuldhaftes Verhalten bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo) begründet werden kann, bzw. die Verletzung einer Schuldnerpflicht schon in einem solchen Verhalten gefunden werden kann. Nach Ansicht des RG ist eine culpa in contrahendo dann gegeben,

²¹¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 309.

²¹²⁾ Vgl. oben S. 72, F 1.

²¹³⁾ Vgl. RGR Komm. zu BGB, 10. Aufl., Anm. 3 zu § 276.

„wenn der eine Verhandelnde es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, den anderen Teil auf Umstände aufmerksam zu machen, von denen er sich sagen muß, daß diese zur Vereitelung des Vertragszweckes geeignet und für die Entschliebung des anderen Teils wesentlich sind“ ²¹⁴⁾.

Unterläßt die werdende Mutter die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG während der Einstellungsverhandlungen, sei es trotz persönlichen Befragens des Arbeitgebers oder Vorlegung eines Fragebogens, so kann dieses Verhalten ein „Verschulden bei Vertragsschluß“ in dem vom RG genannten Sinne begründen. Obwohl eine „echte Offenbarungspflicht“ im Gesetz nirgends ihren Niederschlag gefunden hat, entspricht „jedoch der Gedanke, daß die bezeichnete Pflicht insoweit schon als eine wirkliche Rechtspflicht besteht, als die Kundmachung nach den Anschauungen des redlichen Verkehrs und nach Treu und Glauben zu erwarten war, zweifellos dem Geiste des Gesetzes, da dieses die Befolgung der Grundsätze von Treu und Glauben überall als maßgebend erachtet (§§ 276 Abs. 2, 157, 242 BGB)“ ²¹⁵⁾.

Im Falle der Anbahnung des Arbeitsvertragsverhältnisses tritt neben die „nachdrückliche Empfehlung“ des § 5 Abs. 1 MuSchG, der bereits zu diesem Zeitpunkt Anwendung findet ²¹⁶⁾, die aus dem Grundsatz der culpa in contrahendo abzuleitende vertragsrechtliche „echte Offenbarungspflicht.“

a) Hat die Arbeitnehmerin während der Einstellungsverhandlungen dem Arbeitgeber das Vorliegen einer Gravidität vorgespiegelt, oder über den Zeitpunkt der mutmaßlichen Niederkunft bewußt falsche Angaben gemacht, indem sie hier, im Gegensatz zum laufenden Arbeitsverhältnis, einen späteren Zeitpunkt als den wirklichen angegeben hat, so haftet sie aus diesem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo auf Grund Verletzung der ihr obliegenden echten Rechtspflicht der ordnungsgemäßen Kundmachung ihrer Verhältnisse, die bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben entsteht. Eine Haftung tritt jedoch nur dann ein, wenn dem Arbeitgeber auf Grund des Verhaltens der Arbeitnehmerin ein Schaden entstanden ist. Was hier nur bei anschließend erfolgter Einstellung bzw. darauffolgender Beachtung von Beschäftigungsverboten seitens des Arbeitgebers denkbar ist, deren tatsächliche Voraussetzungen nicht, oder (bei unrichtiger Angabe des Zeitpunkts der mutmaßlichen Niederkunft) bereits zu einem Zeitpunkt gegeben sind,

²¹⁴⁾ Vgl. RGR Komm. zu BGB, 10. Aufl., a.a.O.; ferner: RG Bd. 95, S. 60; Bd. 107, S. 362; RG JW 1912, S. 743; 1935, S. 1084.

²¹⁵⁾ RGR Komm. zu BGB a.a.O.

²¹⁶⁾ Bulla, Anm. 21 zu § 5.

den der Arbeitgeber auf Grund der falschen Angaben der Arbeitnehmerin nicht in seine betrieblichen Dispositionen mit einbeziehen konnte.

Der Fall der Vorspiegelung der Schwangerschaft bei Einstellungsverhandlungen wird in praxi selten vorkommen, da die Arbeitnehmerin gerade durch derartige Angaben ihre Einstellungschancen erheblich vermindert. Denkbar ist jedoch ein solcher Fall, wenn es sich bei der Arbeitnehmerin um eine besonders qualifizierte Fachkraft handelt, an deren Einstellung der Arbeitgeber ein derartiges Interesse besitzt, daß er das Eingreifen der Beschäftigungsverbote, sowie der sonstigen mutterschutzrechtlichen Bestimmungen in Kauf nimmt, um gerade diese Arbeitskraft auf längere Sicht für seinen Betrieb zu gewinnen.

b) Ist die Arbeitnehmerin bereits bei Anbahnung des Arbeitsverhältnisses schwanger und verschweigt sie dem Arbeitgeber gegenüber ihre Gravidität, so ist wiederum (wie im Falle der positiven Forderungsverletzung) die „Frage des Bezugspunktes der Geisteshaltung“²¹⁷⁾ zu prüfen. Verschweigt die werdende Mutter die Schwangerschaft auf Grund menschlich verständlicher Erwägungen, so entfällt eine Haftung. Ist ihr Verhalten jedoch auf eine Schädigung des Arbeitgebers abgestellt, so tritt die Haftung aus „Verschulden bei Vertragsschluß“ ein, sowie daneben eine solche aus unerlaubter Handlung (§§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB i. Verb. mit § 263 Abs. 1 StGB, § 826 BGB), da das nämliche Verhalten sowohl den Tatbestand der culpa in contrahendo, als auch denjenigen der unerlaubten Handlung erfüllt²¹⁸⁾.

Die Haftung ist hier jedoch nicht durch die Verletzung der dispositiven Vorschrift des § 5 Abs. 1 MuSchG begründet, sondern ergibt sich wiederum aus der gleichzeitigen Verletzung der nach den Anschauungen des redlichen Verkehrs nach Treu und Glauben gegebenen Rechtspflicht, den Vertragspartner möglichst vor Schaden zu bewahren. Der Gesetzgeber hat bei der dispositiven Abfassung des § 5 Abs. 1 MuSchG auf die Individualsphäre der werdenden Mutter Rücksicht genommen. Will die werdende Mutter diese geschützt wissen und gibt sie aus diesem Grund ihren Zustand nicht an, so kann nur mit Hilfe einer Pflichtenabwägung für den Einzelfall die Frage nach der Haftung der Arbeitnehmerin beantwortet werden.

Hinsichtlich des fahrlässigen Verschweigens der Gravidität bei Anbahnung des Arbeitsverhältnisses gelten die oben unter 2 b genannten Grundsätze.

²¹⁷⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 212.

²¹⁸⁾ RGR Komm. zu BGB 10. Aufl., Anm. 6 zu § 276; ferner: RG Bd. 85, S. 185; Bd. 88, S. 318 und 433; Bd. 90, S. 78.

4. Im Ergebnis ist daran festzuhalten, daß die Haftung der Arbeitnehmerin bei Verletzung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG bei typisch gelagerten Arbeitsverhältnissen auf Grund des dispositiven Rechtscharakters des § 5 Abs. 1 MuSchG nicht schlechthin, sondern immer nur dann eintritt, wenn in der Nicht-, bzw. nicht gehörigen Beachtung der Meldepflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG gleichzeitig eine „positive Vertragsverletzung“ bzw. ein „Verschulden bei Vertragsschluß“ zu erblicken ist.

5. Die Frage, worauf die Haftung für positive Vertragsverletzung bzw. Verschulden bei Vertragsschluß geht und wie sie sich zu regeln hat, ist grundsätzlich nach den Vorschriften des § 249 BGB zu beantworten. Der Herstellungsgrundsatz in § 249 BGB sieht in aller Regel nur den Ersatz des „negativen Interesses“ bzw. des „Erfüllungsinteresses“ vor. Geht die Verpflichtung der Arbeitnehmerin auf das sog. positive Interesse, so ist der Arbeitgeber so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn die Arbeitnehmerin den Arbeitsvertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte²¹⁹⁾. Es wird jedoch in der Regel dem Arbeitgeber ein über das Erfüllungsinteresse (positives Interesse) hinausgehender Schaden durch Einstellung von Ersatzkräften bzw. Umdispositionen, auf Grund der Verletzung der Meldepflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG entstehen. Die Arbeitnehmerin ist nicht nur zum Ersatz des unmittelbaren Schadens (z. B. unbegründet erfolgte Leistungen gem. §§ 10 ff. MuSchG; für Ersatzkraft aufgewendete Kosten bei unbegründeter oder verfrühter Schwangerschaftsmeldung; finanzieller Ausfall bei betrieblichen Umdispositionen) sondern auch des mittelbaren Schadens (z. B. gegen den Arbeitgeber verhängte Geldstrafe gem. §§ 20 ff. MuSchG auf Grund Unterlassens der Schwangerschaftsmitteilung in Schädigungsabsicht) verpflichtet²²⁰⁾. Statt des Schadenersatzes kann auch Lohnverwirkung Folge des schuldhaften Verhaltens der Arbeitnehmerin sein, wenn für derartige Fälle eine solche vereinbart ist oder im Tarifvertrag oder in einer Betriebsordnung vorgesehen ist²²¹⁾.

6. Zu prüfen ist noch die Frage, ob die oben unter 2 und 3 behandelten Fälle der Verletzung der Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG, welche gleichzeitig eine positive Forderungsverletzung bzw. ein Verschulden bei Vertragsschluß begründen, als „besondere Fälle“ i. S. d. § 9 Abs. 2 MuSchG betrachtet werden können. Die Fälle der Vorspiegelung der Schwangerschaft scheiden hier selbstverständlich aus.

²¹⁹⁾ RG Bd. 91 S. 3.

²²⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 307 und 308.

²²¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 308.

Der Gesetzgeber hat in § 9 MuSchG zum Ausdruck gebracht, daß die Kündigung nur auf besondere Ausnahmefälle beschränkt bleiben soll. Im Schrifttum ²²²⁾ wurde mit Recht der Standpunkt vertreten ²²³⁾, daß nur Fälle in Betracht kommen, in denen „eine grob schuldhafte, nicht durch die besondere seelische Verfassung der Frau während der Schwangerschaft erklärbare Pflichtverletzung die Weiterbeschäftigung für den Arbeitgeber unzumutbar macht“.

Dies ist m. E. bei allen vorsätzlich abgegebenen Falschmeldungen hinsichtlich des Graviditätszustandes der Fall. Hier sind die Voraussetzungen für ein erfolgreiches Kündigungszulassungsverfahren gem. § 9 Abs. 2 MuSchG gegeben.

7. Bei Vorliegen eines atypisch gelagerten Arbeitsverhältnisses wird die Mitteilungspflicht gem. § 5 Abs. 1 MuSchG zur „echten Rechtspflicht“ ²²⁴⁾, durch Konkretisierung der allgemeinen arbeitsvertraglichen Treupflicht der Arbeitnehmerin.

In diesen Fällen beruht die Haftung der Arbeitnehmerin aus „positiver Vertragsverletzung“ bzw. „Verschulden bei Vertragsschluß“ auf der Verletzung dieser jetzt zwingenden Rechtspflicht.

Das Vorliegen eines atypisch gelagerten Arbeitsverhältnisses schließt im Falle des „Unterlassens der Mitteilung“ gem. § 5 Abs. 1 MuSchG die Berücksichtigung sog. „menschlicher Erwägungen“ seitens der werdenden Mutter aus, da ja hier gerade in dem Unterlassen der durch die besondere tatsächliche Lagerung des einzelnen Falles zwingend vorgeschriebenen Mitteilung das zum Ersatze des Schadens verpflichtende Verhalten zu erblicken ist. Es handelt sich dann hierbei um eine Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag, die nicht erst im laufenden Arbeitsverhältnis, sondern nach allgemeinen Grundsätzen auch schon bei den Vorvertragsverhandlungen wirksam ist ²²⁵⁾. Auch ist in allen diesen Fällen die Voraussetzung für eine Kündigungszulassung gem. § 9 Abs. 2 MuSchG gegeben.

C) Das Problem der Anfechtbarkeit des arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnisses.

Die Frage nach der Anfechtbarkeit des zwischen der werdenden Mutter und dem Arbeitgeber bestehenden Arbeitsvertrages als Rechtsfolge der Verletzung der in § 5 Abs. 1 MuSchG verankerten Mitteilungspflicht, setzt zunächst eine Prüfung der Möglichkeit der An-

²²²⁾ Schulte-Langforth, BB 1952, S. 62.

²²³⁾ Vgl. hierzu auch oben § 1 A I, 1 a bb.

²²⁴⁾ Vgl. oben § 1 B II, 1, 2.

²²⁵⁾ Bulla, Anm. 75 zu § 5.

fechtung von arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnissen schlechthin voraus, der sich eine Berücksichtigung der Anfechtungstatbestände der §§ 119 bzw. 123 BGB anschließt.

Die in der Wissenschaft des Arbeitsrechts sowohl in Rechtsprechung, als auch in der Literatur heftig umstrittene Frage nach der Anfechtbarkeit eines arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnisses muß gerade im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen die Vorschrift des § 5 Abs. 1 MuSchG auftauchen. Die praktische Bedeutung dieser Frage liegt in Anbetracht des in § 9 MuSchG verankerten, verstärkten mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutzes auf der Hand. Beispiel: Die Verletzung des § 5 Abs. 1 MuSchG stellt keinen besonderen Grund i. S. d. § 9 Abs. 2 MuSchG dar, da die werdende Mutter die Mitteilungspflicht zwar vorsätzlich, aber ohne Schädigungsabsicht verletzt hat. Hier ist die Frage der Anfechtbarkeit des Arbeitsvertragsverhältnisses für den Arbeitgeber, der auf Grund dieses Vorfalles vom Vertragsverhältnis loskommen will, von erheblicher praktischer Bedeutung.

Die in diesem Zusammenhang zu lösenden Probleme werden durch folgende Fragen gekennzeichnet: Kann ein Arbeitsvertrag überhaupt ex tunc aufgelöst werden? Kann dieser mittels des Rechtsinstituts der Anfechtung überhaupt zur Auflösung gebracht werden, oder kann eine solche Wirkung nur vermittels der die Kündigung betreffenden Spezialauflösungsvorschriften erreicht werden? Weisen Anfechtung und Kündigung Berührungspunkte auf, oder wird hier die Anfechtung durch die Kündigung verdeckt bzw. abgelöst? In welchem Verhältnis stehen die Kündigungsschutzvorschriften zu einer eventuellen Anfechtbarkeit?

I. Grundsätzliches:

Tatsächliche Voraussetzung für eine Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages ist das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes. Für unseren Problemkreis kann eine Anfechtung nur in Frage kommen auf Grund Verschweigens der Schwangerschaft bzw. Vorspiegelung des Schwangerschaftszustandes seitens der Arbeitnehmerin²²⁶⁾. Welche Anfechtungsnormen bei einer eventuellen Bejahung der Anfechtung zur Anwendung kommen, hängt von den gegebenen besonderen Umständen und vielfach von der speziellen Motivierung des Verhaltens der Arbeitnehmerin ab.

Der Arbeitsvertrag ist ein Rechtsgeschäft, denn der Erfolg tritt hier ein, weil er vom Willen der Vertragspartner getragen wird. Das Fundament dieses Vertragsgebildes bilden, wie bei jedem Vertrag, zwei Willenserklärungen in Form des „Vertragsantrags“ und

²²⁶⁾ Bulla, Anm. 80 zu § 5; ferner: ArbG Bremen AP 1954, Nr. 30; LAG Mannheim AP 1953, Nr. 33.

der „Vertragsannahme“ (§ 151 Abs. 1, S. 1 BGB). Seiner Rechtsnatur nach ist er Dauerschuldverhältnis, d. h. ein Schuldverhältnis, das ein dauerndes Zusammenwirken der Vertragspartner für eine unbestimmte, oder von vorneherein bestimmte Zeitdauer zum Gegenstand hat. Es handelt sich nicht um ein gewöhnliches, rein obligatorisches Dauerschuldverhältnis, sondern um einen obligatorischen Vertrag, der eine spezielle rechtliche Prägung durch seine Hinwendung zu einem rechtlichen Vertragstypus eigener Art erfährt, der nicht allein vermögensrechtlich, sondern auch personenrechtlich ausgestaltet ist. Der Arbeitsvertrag verpflichtet die Vertragspartner zu persönlichen Leistungen und setzt deshalb ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis von Person zu Person, in Form der Treupflicht auf der einen und der Fürsorgepflicht auf der anderen Seite voraus²²⁷⁾.

1. Gem. §§ 119 ff. BGB sind nicht unmittelbar Verträge, sondern nur die einem Rechtsgeschäft zugrundeliegenden Willenserklärungen, die ausdrücklich oder stillschweigend (durch konkludentes Handeln) abgegeben wurden, anfechtbar. Da aber jedem Vertrag, somit auch dem Arbeitsvertrag, zwei Willenserklärungen der jeweiligen Vertragspartner zugrundeliegen, hat die Anfechtung einer dieser Willenserklärungen die Vernichtung des gesamten Vertragsgebäudes zur Folge²²⁸⁾.

a) Die Anfechtung wurde und wird allgemein in vollem Umfang anerkannt, wenn eine Vollziehung des Arbeitsvertrages noch nicht stattgefunden hat, d. h. wenn die Arbeit noch nicht aufgenommen wurde.

Das RAG hat in ständiger Rechtsprechung auch die Anfechtbarkeit eines vollzogenen Arbeitsverhältnisses, also eines in Wirklichkeit bereits durch erfolgte Arbeitsleistung in Erscheinung getretenen Arbeitsverhältnisses unter den gegebenen gesetzlichen Voraussetzungen und mit allen gesetzlichen Wirkungen (§ 142 Abs. 1 BGB) bejaht²²⁹⁾. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat stets daran festgehalten, daß neben und statt der Kündigung auch eine Anfechtung möglich sei, wenn auch das RAG in ARS 44/209 ff. eine Nachprüfung dieses Problems in Aussicht gestellt hat.

b) Es sind in den letzten Jahren vielfach Bedenken erhoben worden hinsichtlich der Anfechtung eines vollzogenen Arbeitsvertrages

²²⁷⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 161; vgl. auch hinsichtlich des Wesens des Rechtsverhältnisses bzw. der gegenseitigen Natur des Vertrages, allg. Erwägungen v. Schnorr von Carolsfeld, „Beiträge zur Lehre vom Vergleich“ S. 2 bzw. S. 93.

²²⁸⁾ Larenz, Anm. zu ArbG Bremen AP 1954, Bl. 30.

²²⁹⁾ RAG in ARS Bd. 5, S. 470; Bd. 6, S. 305; Bd. 23, S. 128; Bd. 25, S. 201; Bd. 28, S. 3; Bd. 30, S. 103; Bd. 33, S. 128; Bd. 35, S. 30; Bd. 36, S. 147 und 411; Bd. 37, S. 289; Bd. 40, S. 229; Bd. 44, S. 209.

schlechthin. Es wurden dazu die verschiedensten rechtlichen Standpunkte vertreten, zu denen an Hand neuer Argumente Stellung genommen werden soll.

Man ist sogar in letzter Zeit soweit gegangen, die theoretisch-logische (und damit zwangsläufig auch praktische) Anfechtbarkeit des vollzogenen Arbeitsvertrages zu verneinen, mit dem Ergebnis, daß das Rechtsinstitut zur Lösung des Arbeitsvertrages schlechthin die Kündigung sei, mit ihren im Gesetz geregelten Voraussetzungen und Wirkungen²³⁰⁾.

Die als herrschend zu bezeichnende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß zwar grundsätzlich die Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages zu bejahen sei, eine „ex tunc-Wirkung“ der Anfechtung jedoch hier abzulehnen sei, da sie zu einem praktisch unbilligen und unsozialen Ergebnis führen würde. Der Arbeitnehmer würde dann nur ein Kondiktionsrecht geltend machen können, was eben auf Grund der besonderen rechtlichen Beschaffenheit des arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnisses nicht anginge. Also grundsätzliche Anfechtungsbejahung, jedoch nur mit kündigungsähnlicher „ex nunc-Wirkung“²³¹⁾. Es wird aber auch innerhalb der h. L. das Problem der Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages nicht einheitlich behandelt. Der Streit betrifft das Verhältnis der möglichen Anfechtung zur Kündigung. Es wird der Standpunkt vertreten, daß die Anfechtung Berührungen, insbesondere mit der außerordentlichen Kündigung zeige. Kündigung und Anfechtung seien jedoch auseinander zu halten. Es gehe hier in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung, als Gewohnheitsrecht, die Sonderbestimmung vor. Als solche sei gegenüber der allgemeinen Anfechtung die Spezialauflösung des Dauerschuldverhältnisses in Form der Kündigung anzusehen²³²⁾.

²³⁰⁾ Frey, „Arbeit und Recht“ 1953, S. 167.

²³¹⁾ Hueck, BB 1952, S. 263; Larenz, Anm. zu ArbG Bremen AP 1954, Bl. 30; Staudinger-Nipperdey, Komm. zu BGB, Anm. 97 zu § 611; Hueck-Nipperdey, „Lehrbuch d. AR“ Bd. 1, S. 144; Molitor, „Die Kündigung“ 2. Aufl. S. 23 ff.; Nikisch, „Arbeitsrecht“ 1951, S. 214; Bulla, Anm. 32 zu § 9; Maus, „Handb. d. AR“ VII A, A II, 1 b; BERTERMANN, Bl. f. Str. Soz. Vers. AR 1950, S. 105; KAUFFMANN, „Betrieb“, 1953, S. 21; Molitor, Bl. f. StR. Soz. Vers. AR 1953, S. 252; Hueck, KSChG 2. Aufl., Anm. 25 zu § 1; Dietz, Anm. zu AP 1950, Nr. 242; BÜHRIG-WITTHOLZ-PAULSEN, KSChG Anm. 31 zu § 1; LANDMANN-ROHMER, GewO 10. Aufl. Anm. 2 c zu § 123; HERSCHEL-STEINMANN, KSChG Anm. 17 zu § 1; ROHLFING, KSChG Anm. 5 zu § 1; TOPHOVEN, Anm. zu AP 1951, Nr. 1; LAG Frankfurt/M. RdA 1949, S. 469; und AP 1951, Nr. 77; LAG Freiburg AP 1951, Nr. 247; LAG Heidelberg AP 1950, Nr. 242; LAG Mannheim AP 1953, Nr. 23; LAG Hannover ARSt II Nr. 356; LAG Hamm AP 1951, Nr. 1; LAG Bremen AP 1951, Nr. 87; LAG Mannheim AP 1952, Nr. 175; LAG München Amtsbl. Bayer. Arb. Min. 1953, S. C 20.

²³²⁾ Molitor, „Die Kündigung“ 2. Aufl. S. 23 ff.; KAUFFMANN, „Betrieb“ 1953, S. 21.

Andere erheben dagegen den Einwand, daß eine Anfechtung ohne Rückwirkung keine Anfechtung mehr sei, sondern eine Kündigung; die Kündigung verdecke also die Anfechtung und löse sie somit ab²³³⁾. Eine weitere Meinung läßt die Anfechtung ohne weiteres neben der Kündigung zu²³⁴⁾, wobei Kündigung und Anfechtung streng unterschieden werden, sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen, als auch ihrer Wirkungen.

Es bestehen weiterhin Zweifel darüber, ob das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes schlechthin genügt, oder ob z. Z. der an Stelle der Anfechtung ausgesprochenen Kündigung der Arbeitgeber noch durch den Anfechtungsgrund beschwert sein muß²³⁵⁾.

Von anderer Seite wird das gleichzeitige Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung gefordert, da die Anfechtung des Arbeitsvertrages mit „ex nunc-Wirkung“ nichts anderes bedeute, als eine außerordentliche Kündigung²³⁶⁾. Umstritten ist auch die Frage, ob das KSchG bei Anfechtung des Arbeitsvertrages zur Anwendung kommen kann²³⁷⁾.

Es ist nun zu prüfen, was den Anlaß zu einer derart unterschiedlichen Behandlung dieser prinzipiellen Frage nach der Anfechtbarkeit von Arbeitsverhältnissen bietet und worin die Ursache für die genannten Schwankungen innerhalb der h. L. zu erblicken ist.

2. M. E. ist eine klare Lösung dieses Rechtsproblems nur zu finden, wenn Klarheit geschaffen wird bezüglich der Wirkungen, die eine Anwendung des Rechtsinstitutes „Anfechtung“ zeitigt, insbesondere gilt es hierbei festzustellen, gegen welches „Angriffsobjekt“ (wenn man hier ausnahmsweise diesen sonst strafrechtlichen Begriff verwenden kann) sich die Anfechtung richtet. Man könnte diese Frage auch die Frage nach der Angriffsfläche des vollzogenen Arbeitsvertrages nennen, die sich einer möglichen Anfechtung bietet, wobei in erster Linie vom Gesetz auszugehen ist. Die Beantwortung beinhaltet zumindest die Lösung der Frage nach der theoretisch-logischen Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages.

a) Die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der praktischen Möglichkeit der Anfechtung eines Arbeitsvertrages und der verschiedenen Rechtswirkungen, die einer solchen Anfechtung zu-

²³³⁾ Hueck, KSchG Anm. 25 zu § 1 und BB 1952, S. 263; Maus, KSchG § 1, II, 5; LAG Mannheim AP 1952, Nr. 175; Larenz, Anm. zu ArbG Bremen AP 1954, Bl. 30.

²³⁴⁾ LAG Frankfurt/M. RdA 1949, S. 469; Molitor, Bl. f. StR. Soz. Vers. 1953, S. 252; Kauffmann, „Betrieb“ 1953, S. 21; Bulla, Anm. 32 zu § 9; ArbG Bremen AP 1954 Nr. 30.

²³⁵⁾ So Hueck, BB 1952, S. 263; Kauffmann, „Betrieb“ 1953, S. 21.

²³⁶⁾ Nikisch, Anm. zu AP 1952, Nr. 175.

²³⁷⁾ Vgl. hierzu Hueck, BB 1952, S. 263; Maus, Handb. d. AR VII A; Kauffmann, „Betrieb“ 1953, S. 21 (drei Grundmeinungen).

gesprochen werden, finden ihren Ursprung m. E. in einer Verhältnissetzung der Rechtsinstitute „Anfechtung“ und „Kündigung“ zueinander, die dem zwingenden Wortlaut des Gesetzes nicht genügend Rechnung trägt.

Man ist vielfach von der vom Gesetz klar vorgezeichneten Linie abgewichen, um zu dem gewünschten praktischen Ergebnis zu kommen, dabei ist es zu einer Verwischung des vom Gesetz klar umrissenen jeweiligen Rechtscharakters der Rechtsinstitute „Anfechtung“ bzw. „Kündigung“ gekommen, die sogar soweit geführt hat, daß man die bezüglich des einen Rechtsinstitutes erlassene Spezialgesetzgebung auch auf das andere Rechtsinstitut angewandt hat.

Es ist der Standpunkt vertreten worden, daß die grundlegende Frage nach der Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen mit der Rechtsnatur des Arbeitsvertrages zusammenhänge (Vertragstheorie — Eingliederungstheorie)²³⁸⁾. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

Es mag für die Behandlung des Problems der Anfechtbarkeit des vollzogenen Arbeitsvertrages dahingestellt bleiben, welche von den genannten Theorien die richtige ist. Diese Prüfung kann aber nicht allein schon aus dem Grunde entfallen, weil Vertragstheoretiker und die neuere Praxis einer Anfechtung des vollzogenen Arbeitsvertrages die „ex tunc-Wirkung“ versagen²³⁹⁾. Vielmehr muß diese Prüfung m. E. entfallen, weil sie nicht die erwartete Lösung birgt. Die Kardinalfrage ist hier, wie bereits erwähnt, diejenige nach der Angriffsfläche, die der vollzogene Arbeitsvertrag einer Anfechtung bietet. Vielleicht könnte man diese Frage auch diejenige nach dem der Anfechtung zugänglichen „Vernichtungsbereich“ innerhalb des umfassenden Arbeitsverhältnisses nennen. Wird ein vollzogener Arbeitsvertrag angefochten, so ist Anfechtungsgegenstand nur eine der beiden, den Arbeitsvertrag tragenden Willenserklärungen. Es kommt also nicht darauf an, ob man nun Anhänger der Vertrags- bzw. Eingliederungstheorie ist, denn die „Eingliederung“ kann hier nicht Kriterium sein, da sie einen in Wirklichkeit existenten, tatsächlichen Vorgang darstellt, dessen Anfechtbarkeit nicht zur Debatte stehen kann.

b) Die Verneinung der theoretisch-logischen Anfechtungsmöglichkeit beruht auf einer künstlichen Erweiterung der einer Anfechtung seitens des vollzogenen Arbeitsvertrages gebotenen Angriffsfläche — auf tatsächlich Existentes — contra legem.

Angefochten werden nicht de facto im Rechtsleben in Erscheinung getretene Vorgänge, sondern das nur mit Hilfe der Phänomenologie klar zu umreißende Rechtsgebilde „Willenserklärung“²⁴⁰⁾. Sie allein,

²³⁸⁾ Hueck, BB 1952, S. 263; Kaufmann, „Betrieb“ 1953, S. 21.

²³⁹⁾ So Frey, „Arbeit und Recht“ 1953, S. 169.

als notwendiger innerer Rechtsbestandteil des Arbeitsverhältnisses bietet der Anfechtung die Angriffsfläche.

Bejaht man also die Möglichkeit einer Anfechtung des vollzogenen Arbeitsvertrages, so hat das nicht zu bedeuten, daß man tatsächlich Geschehenes als nicht geschehen betrachten will, vielmehr wird dem tatsächlich Geschehenen nur die obligatorische Vertragsgrundlage entzogen, wodurch jedoch die de facto im Rechtsleben in Erscheinung getretenen Vorgänge nicht berührt werden ²⁴¹⁾.

Es wird aber die Ablehnung der theoretisch-logischen Anfechtbarkeit nicht nur mit dem m. E. nicht zutreffenden Argument begründet, daß sich die Wirklichkeit nicht rückwirkend beseitigen ließe. Man ist so weit gegangen, zu sagen, die Anfechtung eines Arbeitsverhältnisses gäbe es nicht, weder ohne, noch mit „ex tunc-Wirkung“ gem. § 142 Abs. 1 BGB, da die Anfechtungsbestimmungen auf reine Vermögenswerte, im übrigen aber indifferente Austauschverhältnisse abgestellt seien, eine Anwendung der Anfechtungsnormen auf das dem BGB unbekannte personenbezogene Arbeitsverhältnis sei deshalb objektiv unmöglich. Dieser Standpunkt wird weiterhin damit begründet, daß man sich heute „immer noch an das BGB klammere“ und daß irgend etwas grundsätzlich gelten müsse. Wobei man aber dann darin ginge „diese Grundsätze in einem Laugenbad von Ausnahmen aufzulösen“. Die von H e r s c h e l ²⁴²⁾ ausgesprochene Mahnung: „Man kann heute wirklich nicht mehr die Gesetze in der gleichen Weise auslegen, wie man etwa 1900 aus den damaligen Zeitverhältnissen heraus das BGB deutete“, würde nicht genügend befolgt werden. Vom Arbeitsrecht habe das BGB nichts gewußt ²⁴³⁾.

Hierzu ist zu sagen, daß der Mangel, der diesen Standpunkt m. E. unhaltbar macht, bereits in dessen Begründung aufgezeigt ist. Es ist richtig und allgemein anerkannt, daß eine den Erfordernissen der heutigen Zeit angepaßte Auslegung der Gesetze geboten ist. Weiterhin ist es richtig, daß die Arbeitsrechtswissenschaft eine junge Wissenschaft ist, die ihre spezifische Prägung erst in jüngster Zeit erfahren hat. Die Ansicht jedoch, daß das BGB vom Arbeitsrecht nichts wußte, geht m. E. zu weit. Es kann nicht bestritten werden, daß auch schon z. Z. der Schaffung des BGB Arbeitsverträge abgeschlossen

²⁴⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 145.

²⁴¹⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 145.

²⁴²⁾ Herschel, BABl. 1952, S. 642.

²⁴³⁾ So Frey, „Arbeit und Recht“ 1953, S. 171; vgl. diesbezüglich weiterhin Denecke, BB 1950, S. 679; Hueck, BB 1951, S. 365; Hessel, RdA 1952, S. 49; LAG Bremen, BB 1951, S. 643; LAG Düsseldorf, RdA 1953, S. 160; (Ablehnung der Anwendbarkeit von § 139 BGB im Arbeitsvertragsrecht); LAG Frankfurt/M. II LA 123/52; im Ergebnis ebenso, jedoch mit anderer Begründung Nikisch, a.a.O. S. 94 und 102; Maus, Handb. d. AR VI A, A II, 1 b, S. 11.

wurden, die eben „Dienstverträge“ gem. §§ 611 ff. BGB waren. Wenn man nun den Standpunkt vertritt, daß das BGB vom Arbeitsrecht nichts wußte, so läßt man dabei außer acht, daß sowohl damals, wie auch heute noch, der Dienstvertrag gem. § 611 ff. BGB die Grundlage des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses dargestellt hat und darstellt²⁴⁴⁾.

Es trifft nicht zu, daß die Bestimmungen der §§ 119 ff. BGB lediglich auf reine Vermögenswerte abstellen, im übrigen aber indifferente Austauschverhältnisse, vielmehr stellen diese Bestimmungen eindeutig auf die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen ab, was sich klar aus ihrem Inhalt bzw. ihrer systematischen Stellung im Gesetz ergibt. Ob der Vertrag, dessen zugrunde liegende Willenserklärung angefochten wird, ein rein vermögensrechtliches Austauschgeschäft zum Gegenstand hat oder nicht, kann hinsichtlich der Anwendbarkeit der Anfechtungsnormen dahingestellt bleiben, da eine derartige Unterscheidung hier nicht dem Recht entspricht, da die Anwendbarkeit der Anfechtungsnormen lediglich das Vorhandensein einer konkreten Anfechtungslage voraussetzt. Dem Vertragsgegenstand kommt jedoch in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu.

Es ist also im Ergebnis daran festzuhalten, daß theoretische Erwägungen die Ablehnung der Anfechtbarkeit des vollzogenen Arbeitsvertrages nicht zu begründen vermögen, was auch von der h. L. anerkannt wird²⁴⁵⁾. Dagegen ist nichts einzuwenden, es sei denn — contra legem.

3. Nach dieser Bejahung der theoretisch-logischen Anfechtbarkeit des vollzogenen Arbeitsvertrages gilt es nun sich mit dem Standpunkt der h. L. auseinander zu setzen, die aus praktischen Billigkeitserwägungen heraus der Anfechtung die „ex tunc-Wirkung“ versagt.

Auszugehen ist hier von einer grundlegenden Unterscheidung der Vertragsauflösungsinstitute Kündigung und An-

²⁴⁴⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 123: „Das Arbeitsverhältnis kann durch Vertrag begründet werden, welchen das BGB Dienstvertrag nennt und welchen wir, der heutigen Auffassung entsprechend, als „Arbeitsvertrag“ bezeichnen wollen.“

²⁴⁵⁾ Hueck, BB. 1952, S. 263: „... das läßt sich zwar nicht mit logischen Erwägungen begründen...“; Molitor, „Die Kündigung“ 1951, 2. Aufl., S. 23 ff.; Maus, Handb. d. AR VII A, A II, 1 b; Kauffmann, „Betrieb“, 1953, S. 21; Bertermann, Bl. f. StR. Soz. Vers. AR 1950, S. 105; Nipperdey-Staudinger, Komm. zu BGB 9. Aufl. Anm. IV, 2 a zu § 611; Endemann BB 1953, S. 268; Rohlfing, KSchG Anm. 5 zu § 1; LAG Frankfurt/M. AP 1951, Nr. 77; LAG Freiburg AP 1951, Nr. 247; LAG Bremen AP 1951, Nr. 87; LAG Heidelberg AP 1950, Nr. 242; LAG Mannheim AP 1953, Nr. 23; LAG Frankfurt/M. RdA 1949, S. 469; LAG Hamm AP 1951, Nr. 1; ArbG Bremen AP 1954, Nr. 30.

fechtung. Es sind hierbei die Voraussetzungen und Wirkungen des jeweiligen Rechtsinstitutes herauszustellen. Weiterhin ist zu prüfen, ob diese Untersuchung, unter bestimmten Voraussetzungen eine Annäherung des einen Rechtsinstitutes an das andere in rechtlicher Hinsicht erkennen läßt, oder ob unter bestimmten Umständen sogar von einer Teilidentität oder gar von einer Verdeckung bzw. Ablösung des einen Institutes durch das andere gesprochen werden kann. Gegenstand der Untersuchung wird auch die Anwendbarkeit des Satzes „lex specialis derogat legi generali“ sein.

a) **Anfechtungsberechtigt** ist derjenige, der geirrt hat, bzw. getäuscht oder bedroht wurde. Beim Irrtum ist weitere Voraussetzung, daß der Irrende bei Wissen um die wirkliche Lage der Dinge (subjektives Moment) und bei verständiger Würdigung des Falles (objektives Moment) die Erklärung nicht abgegeben hätte (§ 119 Abs. 1 BGB). Die Anfechtung stellt somit auf einen Willensmangel ab, der bei Vertragsabschluß vorgelegen hat. Der die Anfechtbarkeit begründende Umstand liegt zeitlich vor Vertragsabschluß²⁴⁶⁾. Die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes bedeutet nichts anderes, als dessen Vernichtbarkeit, abhängig von der rechtzeitigen Erklärung des Anfechtungsberechtigten²⁴⁷⁾. Die Anfechtung erfolgt durch empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 143 BGB), ihre „ex tunc-Wirkung“ ergibt sich aus § 142 BGB.

Die **Kündigung**, ebenfalls ausgeübt durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, hebt, wenn sie sich auf ein Dauerschuldverhältnis bezieht, dieses mit „ex nunc-Wirkung“ auf und zwar entweder sofort (bei fristloser Kündigung), oder zu einem späteren Zeitpunkt (bei befristeter Kündigung bzw. auf Grund besonderer Kündigungsschutzvorschriften)²⁴⁸⁾.

Gem. § 1 KSchG setzt die Kündigung eine soziale Rechtfertigung voraus. Während aber der Anfechtungsgrund schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorgelegen haben muß, kann die Kündigung auch auf Gründe gestützt werden, die nach dem Abschluß des Vertrages, also während seiner **Abwicklung**, entstanden sind (§§ 620 Abs. 2 ff. BGB).

Aus diesem Vergleich des Rechtswesens, der Voraussetzungen und der Wirkungen dieser beiden Rechtsinstitute ergibt sich, daß eine vollkommen getrennte rechtliche Betrachtung angebracht ist und daß beide Rechtsinstitute kaum rechtliche Be-

²⁴⁶⁾ Beitzke, „Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen“ 1948, S. 23; Kauffmann, „Betrieb“ 1953, S. 21; Molitor, „Die Kündigung“ 1951, 2. Aufl. S. 23 ff.; ArbG Bremen AP 1954, Nr. 30.

²⁴⁷⁾ Eneccerus-Nipperdey, 14. Aufl. Bd. I, 1, S. 420.

²⁴⁸⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 351.

rührungspunkte aufweisen²⁴⁹). Diese Feststellung muß als Ausgangspunkt (der sich unmittelbar aus dem Gesetz ableiten läßt) für die weiteren Betrachtungen dienen.

b) Die h. L. bejaht zwar grundsätzlich die Anfechtbarkeit des arbeitsvertraglichen Dauerschuldverhältnisses, unter Ablehnung einer „extunc-Wirkung“ der Anfechtung, da aus sozialen Billigkeitsgründen die rückwirkende Nichtigkeit vermieden werden müsse²⁵⁰). Hierin ist jedoch m. E. eine Inkonsequenz zu erblicken, welcher der zwingende Wortlaut des Gesetzes entgegensteht (§ 142 Abs. 1 BGB).

Man kann sich auf den oben zitierten Standpunkt stellen, daß die Anfechtung eines vollzogenen Arbeitsvertrages schlechthin ausgeschlossen ist und nur eine Spezialauflösung mittels Kündigung in Frage kommt, was dann zumindest in konstruktiver Hinsicht als konsequent bezeichnet werden kann. Bejaht man jedoch die Möglichkeit einer Anfechtung, wie das die h. L. tut, so muß man auch hieraus die zwingende Folgerung des § 142 Abs. 1 BGB ziehen und darf der Anfechtung, sei es auch aus Billigkeitserwägungen heraus, nicht die Rückwirkung versagen. Es ist primäres Wesensmerkmal der Anfechtung, daß sie rückwirkend vernichtet, ebenso wie eine Kündigung nur für die Zukunft auflöst. Eine Anfechtung jedoch, der die Rückwirkung versagt wird, verliert ihr tragendes rechtliches Wesensmerkmal und kann deshalb nicht mehr als eine solche i.S.d. BGB bezeichnet werden.

aa) Es wird innerhalb der h. L. versucht, hier einen Ausweg zu schaffen, indem man sagt, man könne dann eben hier nicht mehr von einer Anfechtung sprechen, sondern von einer fristlosen Kündigung²⁵¹). Diese terminologische Verschiebung kann jedoch nicht so ohne weiteres hingenommen werden, denn die exakte Bezeichnung jedes Rechtsinstitutes läßt automatisch einen Rückschluß auf dessen rechtlichen Wesensgehalt zu. Hier läßt die rechtliche Kennzeichnung der Auflösung des Arbeitsvertrages insbesondere Schlüsse auf die Voraussetzungen des Auflösungsinstitutes zu, die jedoch bei fristloser Kündigung und Anfechtung keinesfalls identisch sein müssen.

Als weitere Einschränkung der gesetzlichen Anfechtungsregelung kann der innerhalb der h. L. vertretene Standpunkt bezeichnet werden, „es müsse im Zeitpunkt des Zugangs der Anfechtungserklärung

²⁴⁹) Bulla, Anm. 32 zu § 9; Beitzke, „Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen“ 1948, S. 23; Kauffmann, „Betrieb“ 1953, S. 21; Molitor, Bl. f. StR. Soz. Vers. und AR 1953, S. 252.

²⁵⁰) ArbG Bremen, AP 1954, Nr. 30; Hueck, BB 1952, S. 263.

²⁵¹) Hueck, BB 1952, S. 263 und KSchG, 2. Aufl. Anm. 25 zu § 1; Nikisch, „Arbeitsrecht“ S. 102; Larenz, Anm. zu ArbG Bremen AP 1954, Nr. 30; LAG Mannheim, AP 1952, Nr. 175.

der Anfechtungsgrund noch so schwerwiegend sein, daß er eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheinen lasse" ²⁵²⁾. Man ist sogar so weit gegangen zu sagen, daß auf einen Anfechtungsgrund nach Vollziehung des Arbeitsvertrages eine außerordentliche Kündigung nur gestützt werden könne, wenn die Ereignisse, die eine Kündigung zulassen, zum Zeitpunkt der Kündigung noch einen „wichtigen Grund“ abgeben, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht ²⁵³⁾.

bb) Man ist also insoweit innerhalb der h. L. unter Berücksichtigung von Billigkeitserwägungen (deren Begründetheit später noch im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen, die sich aus einer möglichen Anfechtung ergeben, zu untersuchen sein wird), zu der Ansicht gelangt, daß man die Anfechtung zunächst ihres Wesensmerkmals (nämlich der „ex-tunc-Wirkung“) entledigt, die Anfechtungsgründe einer sog. „fristlosen Kündigung“ zugrunde legt, wobei dann zu dieser fristlosen Kündigung erforderlich ist, daß der Anfechtungsgrund zum Zeitpunkt der Kündigung noch so schwerwiegend ist, daß eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheint; bzw. abweichend davon, daß der Anfechtungsgrund zum Zeitpunkt der Kündigung noch einen die fristlose Kündigung rechtfertigenden „wichtigen Grund“ abgeben muß. Dieses Ergebnis kann m. E. nicht befriedigen, denn gerade in diesen Darlegungen ist eine dem Gesetz nicht entsprechende Verquickung der beiden Rechtsinstitute „Anfechtung“ und „Kündigung“ zu erblicken, die sich nicht rechtfertigen läßt. Bejaht man die Anfechtungsmöglichkeit, so muß man konsequenterweise auch die die Anfechtung betreffenden, im BGB zwingend vorgeschriebenen Fristen der §§ 121 Abs. 2 und 124 Abs. 3 BGB berücksichtigen. Hiergegen kann nicht eingewendet werden, daß die Anwendung dieser Fristen hinsichtlich des Arbeitsvertrages gegenüber dem Arbeitgeber eine unbillige Härte darstellen, da solche hier in Ausnahmefällen mit Hilfe der Treu- und Glauben-Regelung ausgeschaltet werden können. Das Gesetz gibt ein Anfechtungsrecht sowohl dem Arbeitgeber, als auch der Arbeitnehmerin und die Anfechtungsgründe ergeben sich eindeutig aus den gesetzlichen Tatbeständen. Es ist ein Postulat der Rechtssicherheit, daß bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes eben nur eine Kündigung in Frage kommt, ebenso scheint es nur konsequent zu sein, beim Vorliegen eines Anfechtungsgrundes nur eine Anfechtung zuzulassen, es sei denn, daß der

²⁵²⁾ LAG Stuttgart, ARSt I, Nr. 600; Nikisch a.a.O., S. 214 und Anm. zu AP 1952, Nr. 75; Endemann, BB 1953, S. 268; ähnlich Hueck, BB 1952, S. 264; und Anm. zu AP 1953, Nr. 23; Kauffmann „Betrieb“ 1953, S. 21; Larenz Anm. zu ArbG Bremen AP 1954, Nr. 30,

²⁵³⁾ Nikisch, Anm. zu AP 1952; Nr. 175.

Anfechtungsgrund mit einem „wichtigen Grund“ i.S. der fristlosen Kündigung konkurriert, wobei es dann beim Arbeitgeber liegt, welches Recht er ausüben will. Dieses Postulat der Rechtssicherheit muß den evtl. begründeten sozialen Billigkeitserwägungen vorgehen.

cc) Die h. L. nimmt bei ihrer Begründung der Nichtrückwirkung der anfechtungsbegründeten Arbeitsvertragsauflösung auf die Stellung des Dauerschuldverhältnisses zum Publikum Bezug. Es wird hierzu ausgeführt, daß der vollzogene Arbeitsvertrag Wirkung gegenüber Dritten gezeitigt habe und es deshalb hier einer Berücksichtigung des Vertrauensschutzes bedürfe; fehlten Regeln, so würden die §§ 68, 169 ff., 1357 Abs. 2, S. 3, 1405 Abs. 3, 1682 i. Verb. mit 1893 BGB, 15 HGB entsprechende Anwendung finden ²⁵⁴).

Diese hier zitierten Bestimmungen greifen ein, wenn ein wirkliches Bedürfnis nach Berücksichtigung des Vertrauensschutzes besteht. Das ist der Fall, wenn der vertrauende Nichtwissende vor Schaden bewahrt werden soll, dessen Tragung ihm nicht zugemutet werden kann, da ihn kein Verschulden trifft. Eine entsprechende Anwendung gesetzlicher Bestimmungen ist nur bei tatsächlicher Parallellagerung möglich, die jedoch in diesem Zusammenhang verneint werden muß ²⁵⁵).

4) Es ist (wie oben dargetan) daran festzuhalten, daß bei einer Anfechtung des vollzogenen Arbeitsvertrages lediglich dessen obligatorisches Vertragsfundament rückwirkend vernichtet wird, daß aber die geleistete Arbeit und damit die Wirklichkeit in keiner Weise berührt wird.

Das vertragliche Arbeitsverhältnis wird auf Grund der Anfechtung rückwirkend seines „obligatorischen Mantels“ entledigt und lediglich in ein tatsächliches Arbeitsverhältnis umgewandelt, das seine rechtliche Würdigung ent-

²⁵⁴) Molitor, „Die Kündigung“, 2. Aufl., S. 23; weitergehend Hueck-Nipperdey, Komm. z. TVG, Anm. 20 zu § 1.

²⁵⁵) Es sind in jüngster Zeit Bedenken erhoben worden, ob der Grundsatz der Nichtrückwirkung (es handelt sich hier um Bedenken innerhalb der h. L.) uneingeschränkt zu gelten habe; vgl. Brenner, auf der Tagung der Präsidenten der LAG vom 24. 4. 1952 s. Kauffmann „Betrieb“ 1953, S. 21; LAG Frankfurt/M. AR-Blätter, Rechtsprechung zu AR Nr. 1392. Man ist insoweit zu dem Ergebnis gelangt, daß bei „grob arglistigem“ Verhalten eines Vertragspartners bei Vertragsabschluß es zu einem unbilligen Resultat führen würde, wenn man den Vertrag lediglich mit „ex nunc-Wirkung“ zur Auflösung bringen würde. Der Anfechtungsgegner könnte dann bis zur Geltendmachung der Anfechtung alle noch nicht erfüllten Ansprüche, die sich aus dem Vertrag ergeben, befriedigt verlangen, obwohl er sich diese Ansprüche durch sein arglistiges Verhalten verschafft hat. Es wurde dann in diesem Zusammenhang die Frage gestellt, ob man hier nicht wieder zu einer Rückwirkung der Anfechtung zurückfinden soll.

sprechend dem „de facto-Arbeitsverhältnis“ erfährt und nicht lediglich aus der Kondiktionsperspektive betrachtet werden kann ²⁵⁶⁾).

Ein Bedürfnis nach Vertrauensschutz besteht also hier nicht.

a) Im Zusammenhang damit ist innerhalb der h. L. gesagt worden, daß das Arbeitsverhältnis in seiner Eigenschaft als „personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis“ die Eigentümlichkeiten des Gesellschafts- bzw. Eheverhältnisses teile ²⁵⁷⁾. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 24. 10. 1951 in BGHZ 3/285, die auf das Gesellschaftsverhältnis abstellt, gesagt:

„Die Notwendigkeit der rechtlichen Anerkennung des tatsächlich gestalteten Gemeinschaftsverhältnisses liegt darin begründet, daß angesichts eines später zutage tretenden Nichtigkeitsgrundes nicht ohne weiteres der bis dahin bestehende tatsächliche Zustand, als nicht geschehen betrachtet werden könne.“

Es ist hierzu gesagt worden, daß dieser vom BGH aufgestellte Grundsatz im vollen Umfang auch bezüglich des vollzogenen Arbeitsvertrages angewendet werden könne und müsse ²⁵⁸⁾.

Dazu ist zu bemerken, daß der BGH in seiner Entscheidung ausschließlich auf das gesellschaftsrechtliche Gemeinschaftsverhältnis abgestellt hat, wobei das hier begründete Vertrauensschutzpostulat auf der Stellung der nach außen wirksam gewordenen Gesellschaft gegenüber dem Publikum beruht ²⁵⁹⁾. Eine Anwendung dieser vom BGH aufgestellten Rechtsregel ist jedoch aus den oben erwähnten Gründen, die zur Ablehnung des Vertrauensschutzbedürfnisses geführt haben, nicht möglich. Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich, der bei beiden Gemeinschaftsverhältnissen gegebenen Interessenströmungen, die grundverschieden sind und damit zwangsläufig aus der Stellung der Partner des jeweiligen Gemeinschaftsverhältnisses zu jedem Dritten. Während die Gesellschafter gleichgerichtete Interessen haben, die auf das ihnen gemeinsame, rein kommerzielle Ziel abstellen, muß beim Arbeitsverhältnis ein für beide Teile befriedigender Ausweg aus der Interessenkollision der Sozialpartner gefunden werden, zur Erreichung des sozialpolitischen Zieles schlechthin. Eine Berücksichtigung des Vertrauensschutzes hinsichtlich des Arbeitsvertrages gemäß

²⁵⁶⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 146.

²⁵⁷⁾ Kauffmann, „Betrieb“ 1953, S. 21; Hueck, BB. 1952, S. 263, der insbesondere auf das Gesellschaftsverhältnis abstellt und Anm. zu AP 1953, Nr. 23.

²⁵⁸⁾ Hueck, BB. 1952, S. 263.

²⁵⁹⁾ Vgl. hierzu auch RGZ Bd. 71, S. 97; Bd. 82, S. 377 ff.; Bd. 83, S. 264 ff.; Bd. 88, S. 188; Bd. 88, S. 272; Bd. 118, S. 274 ff.; Bd. 123, S. 102 ff.

den gesellschaftsrechtlichen Rechtsregeln würde jedoch eine dem Gesetz widersprechende einseitige Benachteiligung des Arbeitgebers darstellen, die durch ein praktisches Bedürfnis nicht gerechtfertigt wird.

Ein Vergleich des Arbeitsvertrages mit dem Eheverhältnis kann ebensowenig zum Beweise einer solchen rechtlichen Parallelisierung dienen, wie dies vielfach behauptet worden ist ²⁶⁰). Die Ehe ist ein „transpersonaler Verband“, dessen Auflösung nicht dem Willen der Ehepartner unterworfen ist, während der Arbeitsvertrag ein obligatorischer Vertrag ist, dessen Auflösung weitgehend vom Willen der Vertragspartner abhängt. Die Aufhebung einer Ehe setzt gem. § 29 EheG ein rechtsgestaltendes Urteil voraus, während eine entsprechende Bestimmung für den Arbeitsvertrag fehlt. Der Grund, warum bei einer Aufhebung der Ehe die „ex nunc-Wirkung“ ihren Niederschlag gefunden hat, ist darin zu finden, daß eben die Lehre Sieberts im Eherecht ihren Niederschlag gefunden hat ²⁶¹). Im Arbeitsrecht ist dies nicht der Fall. Die unterschiedliche Behandlung von Ehe- bzw. Arbeitsverhältnis kann jedoch nicht damit begründet werden, daß beim Arbeitsverhältnis trotz „ex tunc-Auflösung“ eine dem de facto-Arbeitsverhältnis gleich zu behandelnde tatsächliche Arbeitsbeziehung bestehen bleibe, während es bei der Ehe ähnliches nicht gäbe. Auch die aufgehobene Ehe hat de facto bestanden.

b) Ist sowohl ein Anfechtungsgrund, als auch ein Kündigungsgrund gegeben, so hat der Berechtigte die Wahl zwischen den beiden Rechtsbehelfen ²⁶²). Ist angefochten worden, so kann zwangsläufig nicht mehr gekündigt werden, da kein kündbares Rechtsverhältnis mehr besteht. Ist jedoch gekündigt worden, so kann noch angefochten werden, da es der Erstauflösung an einer „ex tunc-Wirkung“ fehlte ²⁶³). Ein Anfechtungsgrund kann mit einem Grund zur fristlosen Entlassung konkurrieren (vgl. z. B. § 123, Abs. 1, Ziff. 1 und 2 GewO). Auch in Fällen, in denen die Gründe für eine fristlose Entlassung enumerativ aufgezählt sind (§§ 123, 124 GewO), ist die Anfechtung aus einem anderen Grunde möglich ²⁶⁴). Es kann jedoch nicht ohne weiteres ein Wahlrecht angenommen werden, wenn Anfechtungs- und fristloser Entlassungsgrund identisch sind (oft § 119 Abs. 2 BGB — § 123, Ziff. 2 GewO). Dadurch, daß ein Tatbestand unter mehrere Bestimmungen des Gesetzes fällt, die verschiedene Rechtsfolgen an-

²⁶⁰) Kauffmann, „Betrieb“ 1953, S. 21; Frey, „Arbeit und Recht“ 1953, S. 170.

²⁶¹) Vgl. auch Schnorr von Carolsfeld, Familienrecht S. 24.

²⁶²) Hueck-Nipperdey, „Lehrb. d. AR“ Bd. 1, S. 145.

²⁶³) Molitor, „Die Kündigung“, 2. Aufl. S. 23.

²⁶⁴) Nipperdey-Staudinger, Komm. zu BGB Anm. IV, Nr. 2 a zu § 611.

ordnen, ergibt sich noch nicht, daß diese den Beteiligten zur Wahl stehen sollen²⁶⁵). Es geht vielmehr in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung die Sonderregelung vor. „Das ist gegenüber der allgemeinen Bestimmung über die Anfechtung, die nur für Dauerrechtsverhältnisse in Betracht kommende Bestimmung über Kündigung. Unbilligkeiten werden sich daraus kaum ergeben, da eine Irrtumsanfechtung ohnehin ausgeschlossen ist, wenn sie nicht unverzüglich erfolgt und bei arglistiger Täuschung und rechtswidriger Drohung neben der Kündigung noch die allgemeinen Schadensersatzansprüche gegeben sind“²⁶⁶).

c) Als letzter Streitpunkt (nicht nur innerhalb der h. L.) bleibt noch die Frage nach einer Klagemöglichkeit gem. §§ 3, 11 KSchG. Diese Frage wurde von den Anfechtungsanhängern teils konsequent verneint²⁶⁷) und teils inkonsequent bejaht²⁶⁸), andere suchen eine Kompromißlösung²⁶⁹), indem sie unterscheiden, ob sich die Anfechtung hinsichtlich ihres Grundes durchsetzt (dann Verneinung), oder ob die Anfechtung hinsichtlich ihres Grundes wie eine Kündigung wirkt (dann Bejahung).

Hueck begründet die Anwendbarkeit des KSchG mit dem Bedürfnis nach Klarheit der Rechtsfolgen, das hier ebenso gegeben sei wie bei der Kündigung.

Larenz²⁷⁰) vertritt den Standpunkt, daß die Entscheidung hier nicht der begrifflichen Einordnung der fraglichen Erklärung als Anfechtung oder Kündigung, sondern nur dem Sinn und Zweck des MuSchG entnommen werden könne. Das MuSchG will, wie Larenz ausführt, die werdende Mutter und das werdende Leben vor Schäden bewahren, die sich aus einer nicht mit ihrem Einverständnis erfolgenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses ergeben könnten — während der Schwangerschaft und eine gewisse Zeit nach der Schwangerschaft.

Es kann jedoch Larenz m. E. insoweit nicht gefolgt werden, als der mutterschutzgesetzliche Schutzgedanke gleichermaßen zutreffen solle gegenüber einer Anfechtung, da das MuSchG zwar einen erweiterten Kündigungsschutz (§ 9), jedoch keinen Anfechtungsschutz bietet.

Richtigerweise ist zu sagen, daß das Kündigungsverbot nicht zu einem Verbot der Anfechtung erweitert werden

²⁶⁵) Entgegen h. L., so Hueck-Nipperdey, Lehrb. d. AR Bd. 1 S. 145 ff.; RG in JW 1907 S. 543; RAG in ARS Bd. 7 S. 347 ff.

²⁶⁶) Molitor, „Kündigung“ S. 27.

²⁶⁷) Kauffmann „Betrieb“ 1953, S. 22; Herschel-Steinmann, Komm. zu KSchG, Anm. 17 zu § 1; Molitor, „Kündigung“ 2. Aufl. S. 23; Bertermann Bl. f. StR. Soz. Vers. und AR 1950, S. 105.

²⁶⁸) Hueck, KSchG Anm. 25 zu § 1.

²⁶⁹) Maus, Handb. d. AR VI A.

²⁷⁰) Anm. zu AP 1954, Nr. 30.

kann, dies schon aus dem Grunde, weil das Kündigungs-
verbot strafrechtlich gesichert ist und eine
strafrechtliche Analogie nicht allgemein zu-
lässig ist. Es ist deshalb auch gegenüber werdenden Müttern
die Anfechtung innerhalb der Schutzzeit zulässig, wenn die
Voraussetzungen hierfür gegeben sind ²⁷¹⁾).

II. Die Anfechtung wegen Irrtums:

1. Bei Prüfung der einzelnen Anfechtungstatbestände taucht im Zu-
sammenhang mit unserem Problemkreis die Frage auf, inwieweit die
Schutzbedürftigkeit der werdenden Mutter die Auslegung der gesetz-
lichen Anfechtungsbestimmungen beeinflussen kann ²⁷²⁾.

Jede wirksame Anfechtung einer Willenserklärung setzt das Vor-
handensein einer Anfechtungslage voraus, deren gesetzliche Voraus-
setzungen das BGB in den Bestimmungen der §§ 119, 123 aufzählt.
Es kann ein Arbeitsvertrag gem. § 119 Abs. 1 BGB auf Grund Er-
klärungs- oder Inhaltsirrtum angefochten werden, wenn im konkre-
ten Fall die entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen gegeben
sind. Diese Anfechtung kann jedoch für unseren Problemkreis nicht
praktisch werden und ist deshalb in diesem Zusammenhang nicht zu
prüfen.

Es interessiert vielmehr, ob und bejahendenfalls, unter welchen Vor-
aussetzungen ein Arbeitsverhältnis gem. § 119 Abs. 2 BGB angefoch-
ten werden kann, wenn einer werdenden Mutter während der Zeit
der Vertragsvorverhandlungen und unter Umständen noch über den
Abschluß des Arbeitsvertrages hinaus, ihre Schwangerschaft noch
nicht bekannt war und sie deshalb die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1
MuSchG „gutgläubig“, d. h. ohne Eigenkenntnis der Schwangerschaft
unterlassen bzw. auf Befragen die Tatsache der Gravidität „gut-
gläubig“ verneint hat.

2. Eine Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB ist, wie jede andere An-
fechtung, nur auf Grund von Ereignissen zulässig, die v o r Abschluß
des Arbeitsvertrages liegen. Wenn B u l l a ²⁷³⁾ für das Eingreifen des
§ 119 Abs. 2 BGB auf die Zeit während der Vertragsvorverhandlun-
gen bis zum Abschluß des Arbeitsvertrages abstellt, so ist diese zeit-
liche Begrenzung m. E. zu eng; denn selbst wenn die werdende Mut-
ter geraume Zeit nach Vertragsabschluß von ihrer Schwangerschaft
noch nichts weiß, so kann § 119 Abs. 2 BGB praktisch werden, wenn
der Eintritt der Konzeption (Schwängerung) vor dem Abschluß des

²⁷¹⁾ Molitor, Bl. f. StR. Soz. Vers. und AR 1953, S. 252.

²⁷²⁾ R a m m, 1955 „Die Anfechtung des Arbeitsvertrages“ S. 47.

²⁷³⁾ Anm. 83 zu § 5.

Arbeitsvertrages liegt. Maßgebend ist, daß der Willensmangel seitens des Arbeitgebers zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages vorgelegen hat ²⁷⁴⁾.

a) Zu prüfen ist, ob das „gutgläubige“ Unterlassen der Schwangerschaftsmitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG bzw. das „gutgläubige“ Verneinen der Schwangerschaft auf Befragen, den Anfechtungstatbestand des § 119 Abs. 2 BGB erfüllen kann.

Voraussetzung für das Eingreifen des § 119 Abs. 2 BGB ist das Vorliegen eines Irrtums über eine Eigenschaft ²⁷⁵⁾, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird, wobei der Irrtum über diese wesentliche „Eigenschaft i. S. d. Gesetzes“ für den Vertragsabschluß kausal gewesen sein muß. Außerdem verlangt die Untersuchung der Anfechtungsmöglichkeit noch die Prüfung, welchen Standpunkt der Arbeitgeber bei „verständiger Würdigung“ des Falles, mit „Kenntnis der Sachlage“ eingenommen hätte, ob er also bei Kenntnis des Schwangerschaftszustandes der Arbeitnehmerin, bei „verständiger Würdigung“ des Falles den Arbeitsvertrag mit der werdenden Mutter abgeschlossen hätte oder nicht. Liegen die genannten Voraussetzungen vor und ist letztere Frage zu verneinen, so kann § 119, Abs. 2 BGB zur Anwendung kommen ²⁷⁶⁾.

b) Ramm erblickt in § 51 BVG eine allgemeine Beschränkung des Anfechtungsrechtes des Arbeitgebers. Letzterer kann sich nach der Auffassung Ramm's „nicht auf einen Anfechtungsgrund berufen, wenn er mit Wissen und Willen einen Arbeitnehmer, auf den derselbe Tatbestand zutrifft, in seinem Betrieb auf einem gleichen oder sehr ähnlichen Arbeitsplatz beschäftigt“ ²⁷⁷⁾.

M.E. ist eine derartige „Einschränkung der Privatautonomie auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes“ des § 51 BVG nicht gegeben, sondern es ist lediglich auf die Fälle abzustellen, die zeitlich parallel und tatsächlich gleichgelagert sind. Die Beschränkung des Anfechtungsrechtes auf Grund eines zeitlich

²⁷⁴⁾ Vgl. oben S. 88.

²⁷⁵⁾ Ramm „Die Anfechtung des Arbeitsvertrags“, S. 47 und 48: Er gruppiert hier in klarer Weise die Fälle, in denen eine Anfechtung gem. § 119, Abs. 2 BGB praktisch werden kann. 1. Fallgruppe: Stellt auf die objektive Tauglichkeit der Arbeitnehmerin für die vorgesehene Arbeit ab; 2. Fallgruppe: Betrifft die persönlichen Verhältnisse der Arbeitnehmerin; 3. Fallgruppe: Betrifft die Fälle, in denen vom Gesetzgeber eine besondere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerin angenommen wurde, wie im Falle der werdenden Mutter.

²⁷⁶⁾ Vgl. hierzu auch: RAG in ARS Bd. 13, S. 391; Diese Entscheidung stellt auf die Schwerbeschädigteneigenschaft ab, jedoch können die dort aufgestellten Grundsätze hinsichtlich der Rücksichtnahme auf die schutzbedürftige werdende Mutter voll übernommen werden.

²⁷⁷⁾ A.a.O., S. 50.

zurückliegenden Paralleltatbestandes würde nicht nur eine Benachteiligung des Arbeitgebers darstellen, sondern vor allem eine solche des Arbeitnehmers, da der Arbeitgeber sonst in jedem Falle sein Anfechtungsrecht ausüben würde, um nicht ein eventuell später gegebenes Anfechtungsrecht auszuschließen. Der Arbeitgeber würde hier praktisch gezwungen, auch in Fällen anzufechten, in denen er unter Umständen die Nichtanfechtung mit ihren Folgen auf sich nehmen würde, um nicht ein für ihn „gefährliches Präjudiz“ zu schaffen.

3. Wenn die Schwangerschaft „wesentliche Eigenschaft“ der Arbeitnehmerin i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB sein soll, so ist zunächst erforderlich, daß es sich dabei um eine Eigenschaft i. S. d. Gesetzes handelt.

Die Schwangerschaft ist persönliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin i. S. d. erweiterten gesetzlichen Eigenschaftsbegriffes²⁷⁸⁾. Es ist zutreffend gesagt worden, im Interesse der Verkehrs- bzw. Rechtssicherheit dürfe der Begriff „Eigenschaft“ i. S. des § 119 Abs. 2 BGB nicht auf solche Merkmale erstreckt werden, die nur momentan vorhanden und nur vorübergehend mit der Person verbunden sind²⁷⁹⁾. Eine Eigenschaft i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB muß eine „gewisse Dauer“ aufweisen.

Auch das RG hat in einigen seiner Entscheidungen zu dem Begriff der „Eigenschaft der Person“ i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB Stellung genommen und dabei den sog. „erweiterten Eigenschaftsbegriff i. S. d. Gesetzes“ geprägt. Das RG ist davon ausgegangen, daß unter „Eigenschaft der Person“ nicht nur die natürlich anhaftenden, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse „zu verstehen sind“, die zufolge ihrer Beschaffenheit und Dauer nach der Anschauung des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung in allen oder gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen²⁸⁰⁾.

„Schwanger sein“ ist Eigenschaft im engsten Wortsinne, es ist ein Zustand und zwar der besondere physische Zustand der

²⁷⁸⁾ LAG Hamburg ARSt VI, Nr. 332; LAG Frankfurt/M. „Betrieb“ 1953, S. 847; LAG München, BB 1953, S. 979; LAG Bremen, AP 1951, Nr. 86; LAG Düsseldorf, „Betrieb“ 1953, S. 1095; LAG München Amtsbl. Bayer. Arb. Min. 1953, S. C 169; ArbG Bonn, BB 1953, S. 1063; ArbG Bremen, BB 1953, S. 679; Bulla, Anm. 84 zu § 5; Dietz, Anm. zu AP 50, Nr. 242; Rewolke-Köst, Handkomm. z. AR 1953, Anm. 1 f. zu § 9; Hueck-Nipperdey, Lehrb. d. AR 3.—5. Aufl. § 30 I 1; Larenz, Anm. zu AP 54, Nr. 32; Endemann, RdA 1953, S. 12; Staudinger-Riezler, Komm. z. BGB Anm. III zu § 119; (4 b, e); Zigan, Anm. zu AP 51, Nr. 77; Soergel-Bauer, Komm. z. BGB 8. Aufl. Anm. II, 3 Bb zu § 119; RGR Komm. z. BGB 10. Aufl., Anm. 5 zu § 119.

²⁷⁹⁾ Staudinger-Riezler, Komm. z. BGB Anm. III 4 Bc zu § 119.

²⁸⁰⁾ RGZ, Bd. 61, S. 84; Bd. 94, S. 278; Bd. 99, S. 214.

Frau vom Eintritt der Konzeption bis zur Geburt, die in der Regel am 280. bis 285. Tage nach dem ersten Tag der letzten Periode eintritt.

Auch die „rechtlichen Verhältnisse“ auf Grund der Entwicklung des Mutterschutzrechtes machen die Schwangerschaft zur „Eigenschaft i. S. d. Gesetzes“²⁸¹⁾, insbesondere hinsichtlich des in § 9 MuSchG geregelten erweiterten Kündigungsschutzes und der dadurch bedingten erschwerten Lösbarkeit des mit der werdenden Mutter zustande gekommenen Arbeitsvertrages. Darüber hinaus sprechen hierfür noch die erheblichen Opfer, die das MuSchG dem Arbeitgeber, insbesondere in §§ 3, 4, 6, 7 Abs. 2, 10, 11, 12 auferlegt, denn auch dies sind „rechtliche Verhältnisse, die nach Anschauung des Verkehrs, zumindest in gewissen Rechtsverhältnissen einen Einfluß auf die Wertschätzung zu üben pflegen.“

Auch das Eigenschaftsmerkmal der „Dauerhaftigkeit“ weist die Schwangerschaft auf, den es ist zu berücksichtigen, daß dieser ca. neun Monate anhaltende physische Zustand durchschnittlich jeweils $\frac{1}{35}$ bis $\frac{1}{25}$ der Zeit umfaßt, welche die Arbeitnehmerin in ihrem Leben durchschnittlich der Arbeit widmet²⁸²⁾.

Es handelt sich nicht um ein Merkmal, das nur momentan vorhanden ist, sondern um ein solches von erheblicher Dauer.

4. Während darüber, daß die Schwangerschaft „Eigenschaft i. S. d. Gesetzes“ ist, in Literatur und Rechtsprechung weitgehend Einigkeit besteht, gehen hinsichtlich der „Verkehrswesentlichkeit“ dieser Eigenschaft die Meinungen auseinander.

a) Es kann sich bei der „wesentlichen Eigenschaft“ i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB nicht, wie vielfach angenommen wird²⁸³⁾, um eine „wesentliche Eigenschaft“ schlechthin handeln, denn eine solche gibt es nicht. Die Wesentlichkeit ist ein relativer Begriff und verlangt somit nach kasuistischer Beurteilung, sie schließt eine abstrakte Betrachtung aus. Die Beurteilung, ob eine „wesentliche Eigenschaft“ vorliegt oder nicht, kann nur unter Berücksichtigung des in Frage kommenden konkreten Vertragsverhältnisses mit all seinen tatsächlichen Besonderheiten erfolgen.

Nicht eine „wesentliche Eigenschaft“ haftet der Person an, sondern nur eine Eigenschaft schlechthin. Die Wesentlichkeit der Eigenschaft wird nur unter besonderen Voraussetzungen von den tatsächlichen Gegebenheiten des konkreten Arbeitsverhältnis an die Person herangetragen. Beispiel: Ein Schaustel-

²⁸¹⁾ LAG Düsseldorf in „Betrieb“ 1953, S. 1095.

²⁸²⁾ Bulla, Anm. 83 zu § 5: „Eigenschaften der Person sind Merkmale von gewisser Dauer“.

²⁸³⁾ LAG Düsseldorf „Betrieb“ 1953, S. 1095; Zigan, Anm. zu AP 1951, Nr. 77 und Komm. zu SchwBeschG Anm. 38 und 51 zu § 14.

ler engagiert eine Artistin für eine gefährliche Trapeznummer; hier liegt die Wesentlichkeit der Schwangerschaftseigenschaft auf Grund der Bestimmung des § 4 MuSchG auf der Hand.

Die genannten Gesichtspunkte läßt das LAG Düsseldorf (a.a.O.) außer acht, wenn es die Schwangerschaft in Anlehnung an das RAG ²⁸⁴⁾ als „wesentliche Eigenschaft“ schlechthin bezeichnet.

Es ist daran festzuhalten, daß eine Eigenschaft für das eine Arbeitsverhältnis „wesentlich“ sein kann, jedoch deshalb nicht für jedes Arbeitsverhältnis (bei unter Umständen ganz anderer tatsächlicher Lagerung: Stenotypistin) „wesentlich“ sein muß ²⁸⁵⁾. So kann, um ein anschauliches Beispiel zu nennen, die schwere Fußverletzung eines Arbeitnehmers, der körperliche Arbeit im Stehen verrichten soll, ohne weiteres als „wesentliche Eigenschaft“ i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB angesehen werden, während dies z. B. bei einem Lektor nicht der Fall wäre.

b) Bei der Beantwortung der Frage nach der „Wesentlichkeit“ der Eigenschaft im Einzelfalle, sind die gegebenen tatsächlichen Umstände nicht von der Warte des anfechtenden Arbeitgebers aus zu beurteilen, sondern es kommt hier auf die „Verkehrsanschauung“ an, die den objektiven Maßstab bieten soll, wobei man unter „Verkehrsanschauung“ im allgemeinen „die Durchschnittsmeinung verständiger Personen über eine Sache“ verstehen kann ²⁸⁶⁾.

Dieser Grundsatz ist auch in der Rechtsprechung verschiedentlich außer acht gelassen worden, indem dort der Standpunkt vertreten wurde, daß die Tatsache der Gravidität auch dann als „wesentliche Eigenschaft“ i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB anzusehen sei, wenn sie dem anderen Teil (hier der Arbeitnehmerin) erkennbar als wesentlich dem Vertragsschluß zugrunde gelegt wurde ²⁸⁷⁾.

Die genannten Gerichte haben hierbei nicht berücksichtigt, daß das Gesetz in § 119 Abs. 2 BGB allein auf die „objektive Verkehrswesentlichkeit“ der Eigenschaft abstellt ²⁸⁸⁾.

Ramm ²⁸⁹⁾ stellt hinsichtlich der Verkehrswesentlichkeit der Schwangerschaftseigenschaft ²⁹⁰⁾ stets auf deren Verhältnis zur Dauer des

²⁸⁴⁾ RAG in ARS Bd. 13, S. 391; dem auch insofern nicht gefolgt werden kann, als es die Schwerbeschädigteneigenschaft als wesentliche Eigenschaft i. S. des § 119 Abs. 2 BGB schlechthin bezeichnet.

²⁸⁵⁾ Staudinger-Coing, Komm. z. BGB Anm. III 4 A c zu § 119.

²⁸⁶⁾ Staudinger-Coing, Komm. z. BGB Anm. III 4 A b zu § 119.

²⁸⁷⁾ LAG Frankfurt/M. BB 1953, S. 860; ArbG Bremen AP 1954, Nr. 31.

²⁸⁸⁾ Soergel-Bauer, Komm. z. BGB 8. Aufl. Anm. II, 3 zu § 119; RGR Komm. z. BGB 10. Aufl. Anm. 5 zu § 119; RG JW 1912, S. 850; Larenz, Anm. zu AP 1954, Nr. 32; Hueck-Nipperdey, Lehrb. d. AR 3.—5. Aufl. § 30 I 1; Bulla, Anm. 84 zu § 5.

²⁸⁹⁾ A.a.O., S. 50, 58, 59, 60.

²⁹⁰⁾ vgl. S. 80 F 275; Anm. 2: Die werdende Mutter fällt somit sowohl unter die erste, als auch unter die dritte praktische Fallgruppe Ramms.

Arbeitsvertrags ab: „Allmählich vorübergehende Eigenschaften fallen um so weniger ins Gewicht, je länger die vorgesehene Dauer des Arbeitsverhältnisses ist. Insofern ist beim Regelfall des unbefristeten, auf Dauer berechneten Arbeitsverhältnisses eine vorübergehende Eigenschaft grundsätzlich kein Anfechtungsgrund“²⁹¹). Er geht weiterhin davon aus, daß in den Fällen, in denen der Gesetzgeber eine besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers anerkennt, was bei der werdenden Mutter der Fall ist, als einzige Begründung der „Verkehrswesentlichkeit“ die vom Gesetzgeber vollzogene Privilegierung dieser Arbeitnehmergruppe bei der Kündigung anzusehen sei²⁹²).

Für unbefristete Arbeitsverhältnisse sei die durch die Schwangerschaft vorübergehend verursachte Leistungsminderung bzw. der Ausfall der Arbeitsleistung bedeutungslos, was für alle Arbeitnehmer ausnahmslos gelte, auch für solche, deren Weiterbeschäftigung gem. § 4 MuSchG dem Arbeitgeber untersagt ist oder die für ihn, wie im Falle der Vorfürhdame, Schauspielerin, Sängerin oder Sportlehrerin, unzumutbar ist. Ramm gesteht jedoch dem Arbeitgeber das Recht zu, in solchen Fällen die schwangere Arbeitnehmerin an einen anderen Arbeitsplatz zu versetzen bzw. ein „gewisses Umlernen“ von ihr zu fordern.

Bei befristeten Arbeitsverträgen sei wiederum die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit der Zeit der Leistungsminderung bzw. des Leistungsausfalls zu vergleichen. Weiterhin spiele aber dann bei der Abwägung des Interesses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer die tatsächliche Belastung des Arbeitgebers eine erhebliche Rolle.

Ramm stellt bezüglich der werdenden Mutter insbesondere darauf ab, ob diese in der gesetzlichen Krankenversicherung pflichtversichert ist. Ist sie das, so beschränkt sich der Schaden des Arbeitgebers auf einen evtl. Arbeitsausfall gem. § 3 Abs. 1 MuSchG, ihre Leistungsminderung und beschränkte Verwendungsfähigkeit und evtl. auf die Notwendigkeit eine Ersatzkraft einzustellen, da für ihren Arbeitsausfall während der Schutzfristen (§§ 3 Abs. 2 und 6 Abs. 2, S. 1 und 2) an die Stelle des Lohnanspruches der Anspruch gegen die Krankenkasse auf Wochengeld tritt (§ 13 Abs. 1 und 7 MuSchG). Ist sie nicht versichert, so hat der Arbeitgeber den vollen Schaden zu tragen. Neben Vertragsdauer und tatsächlicher Belastung des Arbeitgebers berücksichtigt Ramm noch die konkrete Situation, insbesondere die Möglichkeit der Versetzung der Arbeitnehmerin²⁹³).

Diese herausgearbeiteten Maßstäbe für die Klärung der Frage nach der „Verkehrswesentlichkeit“ der Eigenschaft i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB können m. E. nicht befriedigen. Die Ablehnung der „Verkehrs-

²⁹¹) A.a.O. S. 50 und 51.

²⁹²) A.a.O. S. 58.

²⁹³) A.a.O. S. 60.

wesentlichkeit" der Schwangerschaftseigenschaft schlechthin bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen, deutet darauf hin, daß R a m m die Relativität der Verkehrswesentlichkeit nicht genügend berücksichtigt und deshalb hier eine abstrakte Entscheidung fällt, wo kasuistisch entschieden werden müßte.

Man kann nicht allein den Faktor Zeit über die Verkehrswesentlichkeit der Graviditätseigenschaft entscheiden lassen, indem man die Dauer der (vorübergehenden) Eigenschaft zur Dauer des Arbeitsverhältnisses in Beziehung setzt, denn bei kasuistischer Entscheidung sind die gesamten tatsächlichen Besonderheiten des einzelnen Falles zu berücksichtigen.

Das „Versetzungsbzw. Umlernrecht“, das R a m m dem Arbeitgeber in den Fällen der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung (Vorführdame, Schauspielerin, Sängerin, Sportlehrerin) zugesteht, kann m. E. nur theoretische Bedeutung haben, da ein „Versetzen“ derartiger Arbeitnehmerinnen praktisch nahezu unmöglich und ein „Umlernen“ als praktisch vollkommen undurchführbar und für den Arbeitgeber unzumutbar erscheinen muß. Beispiel: Zirkusdirektor X. verpflichtet eine Seiltänzerin für einen bestimmten Auftritt. Das Arbeitsverhältnis ist unbefristet. Hier handelt es sich bei Vorliegen der Schwangerschaft um einen Fall der „Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung“. Was nützt dem Arbeitgeber sein Recht, die Arbeitnehmerin zu versetzen oder ein Umlernen von ihr zu fordern? An welchen Arbeitsplatz soll der Zirkusdirektor die Seiltänzerin, von deren Nichtschwangerschaft er bei Abschluß des Arbeitsvertrages überzeugt war, versetzen? Hier ein Umlernen zu verlangen wäre vollkommen unsinnig, da es dazu einer längeren Zeit bedürfte, als die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung während der Schwangerschaft dauern würde. Derartige Beispiele lassen sich in allen Fällen der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bilden.

Der Interessenkonflikt der Vertragspartner kann nicht gelöst werden, indem man dem Arbeitgeber zumutet, den Schaden zu tragen und u. U. noch eine Ersatzkraft einzustellen (bei der es ihm evtl. ebenso ergehen kann, wie bei der Erstingestellten), wofür man ihm dann als „Ausgleich“ eine rein theoretische und damit praktisch wertlose Rechtsposition einräumt.

Liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor, so entscheidet R a m m zwar kasuistisch, mißt aber wiederum dem Vergleich zwischen der Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Dauer der Leistungsminderung bzw. des Leistungsausfalls primäre Bedeutung bei, während er erst in zweiter Linie auf die tatsächliche Belastung des Arbeitgebers abstellt. Hierbei berücksichtigt er m. E. nicht genügend, daß der genannte Zeitvergleich B e s t a n d t e i l der Prüfung der tatsächlichen Belastungen des Arbeitgebers ist, neben allen anderen

Belastungsmöglichkeiten. Es kann bei der Prüfung der Verkehrswesentlichkeit der Graviditätseigenschaft nicht in erster Linie auf eine einzelne Teilbelastung des Arbeitgebers abgestellt werden, sondern es kommt lediglich auf die „Zumutbarkeit“ an, welche nach Prüfung aller tatsächlichen Belastungen des Arbeitgebers an Hand der Verkehrsanschauung zu bejahen oder zu verneinen ist.

Das ArbG Bremen nimmt in einer seiner Entscheidungen zur Frage der Verkehrswesentlichkeit in bemerkenswerter Weise Stellung, indem es davon ausgeht, daß ein „Sachverhalt der typisch im Verkehr mehr oder weniger oft vorzukommen pflegt“, damit Verkehrswesentlichkeit erhält. Wollte man dieser Ansicht folgen, so würde die Schwangerschaftseigenschaft ohne weiteres zur verkehrswesentlichen Eigenschaft i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB werden, da sie eine im menschlichen Leben typische Erscheinung darstellt. Es geht jedoch nicht an, die Begriffe „verkehrstypisch“ und „verkehrswesentlich“ einander gleichzusetzen, da zwar ersterer Begriff eine absolute Beurteilung zuläßt, hingegen letzterer nach kasuistischer Beurteilung verlangt²⁹⁴⁾.

c) Wann die Schwangerschaft „wesentliche Eigenschaft i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB“ ist, läßt sich am besten an Hand von Beispielen aufzeigen. Es wurde zu Recht in zwei sehr aufschlußreichen obergerichtlichen Entscheidungen²⁹⁵⁾ bei einer Kontoristin der Graviditätseigenschaft die Verkehrswesentlichkeit abgesprochen mit der zutreffenden Begründung, daß besondere Umstände, welche die Übernahme der Arbeit von vornherein undenkbar erscheinen lassen, nicht gegeben seien. Dies trifft zu, denn die Kontoristin ist in der Lage, bis zum Eingreifen der gesetzlichen Beschäftigungsverbote und nachher quantitativ und qualitativ hundertprozentige Arbeit zu leisten. Andererseits gibt es Entscheidungen²⁹⁶⁾ bzw. Ausführungen im Schrifttum²⁹⁷⁾ welche in den dort behandelten Fällen der Schwangerschaftseigenschaft zu Recht „Verkehrswesentlichkeit“ beimessen.

Das LAG Hamburg nimmt a.a.O. Bezug auf Vorführdamen und Schauspielerinnen, das LAG Frankfurt/M. (a.a.O.) berücksichtigt die praktischen Anforderungen, die vom Arbeitgeber an Mannequins bzw. Tänzerinnen gestellt werden müssen. Das ArbG Bonn (a.a.O.) nimmt in einer sehr aufschlußreichen Entscheidung auf die Belange des Ar-

²⁹⁴⁾ ArbG Bremen AP 1954, Bl. 31.

²⁹⁵⁾ LAG Frankfurt/M. „Betrieb“ 1953, S. 847; LAG München BB 1953, S. 979.

²⁹⁶⁾ LAG Hamburg ARSt VI, Nr. 332; LAG Frankfurt/M. „Betrieb“ 1953, S. 847; ArbG Bonn, BB. 1953, S. 1063.

²⁹⁷⁾ Schnorr von Carolsfeld, a.a.O. S. 145; Rewolle-Koest, Handkomm. z. AR 1953, Anm. 1 fz. § 9; Bulla, Anm. 14 und 84 zu § 5; Gröninger, Komm. z. MuSchG Anm. 2 und 3 zu § 5; Frey, „Arbeit und Recht“, 1953, S. 16.

beitgebers Rücksicht, der ein schwangeres Hausmädchen (Alleinmädchen) eingestellt hat und zieht hier mit Recht zur Begründung der Verkehrswesentlichkeit der Graviditätseigenschaft die Bestimmung des § 4 Abs. 2 a MuSchG heran, welche ein generelles Beschäftigungsverbot hinsichtlich Arbeiten enthält, bei denen sie (die werdende Mutter) sich häufig erheblich strecken oder beugen oder bei denen sie dauernd hocken oder sich gebückt halten muß.“ Die Bestimmung macht die Übernahme einer Stellung als Alleinmädchen für eine Schwangere von vornherein für den Arbeitnehmer unzumutbar.

Im Schrifttum (a.a.O.) wird die Verkehrswesentlichkeit der Schwangerschaftseigenschaft ebenfalls bei Tänzerinnen, Schauspielerinnen, Sängerinnen, Artistinnen, Mannequins, Sportlehrerinnen und dergl. Berufen bejaht.

Zutreffend hat Frey (a.a.O.) in diesem Zusammenhang betont, daß dem Arbeitgeber hier nicht zugemutet werden könne, über eine u. U. sehr lange Zeitspanne der Arbeitnehmerin ihre Bezüge zu bezahlen (auf Grund §§ 3 Abs. 1 Abs. 2 b; 4 Abs. 2 c; 10 Abs. 1; 12 MuSchG) und obendrein eine Ersatzkraft einzustellen ²⁹⁸⁾.

Eine erschöpfende, beispielhafte Aufzählung der Fälle, welche die Graviditätseigenschaft als „wesentlich“ i. S. d. § 119, Abs. 2 BGB erscheinen lassen, ist in Anbetracht der Vielfältigkeit des Arbeitslebens nicht möglich.

d) Es drängt sich daher die Frage nach dem juristischen Maßstab auf, der bei der Unterscheidung „Wesentlichkeit“ — „Nichtwesentlichkeit“ — der Eigenschaft von Fall zu Fall anzulegen ist.

Man wird in erster Linie auf den „Grad der Gefährdung der Erfüllbarkeit“ des einzelnen Arbeitsvertrages auf Grund der Gravidität abstellen müssen ²⁹⁹⁾. Hierbei ist, unter Beachtung der sittlichen Pflicht der Rücksichtnahme auf die Schwangere, die Zumutbarkeit in Richtung gegen den Arbeitgeber, unter besonderer Beachtung der im einzelnen eingreifenden Beschäftigungsverbote genereller (§§ 3 Abs. 2; 4; 6 Abs. 1, S. 1 und 2 und Abs. 3; 7 Abs. 1 und 4; 8 MuSchG) und individueller Art (§§ 3 Abs. 1; 6 Abs. 1, S. 3 und Abs. 2 MuSchG) zu erwägen.

e) im Ergebnis ist zu sagen:

Die Schwangerschaftseigenschaft ist dann für das Einzelarbeitsverhältnis wesentlich i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB, wenn in Anbetracht der im konkreten Fall gegebenen besonderen tatsächlichen Umstände, auch unter Beachtung der sitt-

²⁹⁸⁾ Jedoch sind die rechtlichen Konsequenzen, die Frey aus dieser Erkenntnis a.a.O. zieht, abzulehnen.

²⁹⁹⁾ RGR Komm. zu BGB 10. Aufl. Anm. 5 zu § 119.

lichen Pflicht der Rücksichtnahme auf die werdende Mutter, eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als für den Arbeitgeber unzumutbar erscheinen muß, auf Grund der durch die Schwangerschaft bedingten Unmöglichkeit der Verrichtung der nach dem konkreten Vertrag zu leistenden Arbeit; sei es aus rein tatsächlichen (Manequin) oder aus rechtlichen Gründen (z. B. Alleinmädchen § 4 Abs. 2 c MuSchG).

5. Die Anfechtbarkeit verlangt, daß ein „Irrtum“ über eine wesentliche Eigenschaft der Person vorliegt, welchen § 119 Abs. 2 BGB dem Erklärungsirrtum gleichsetzt³⁰⁰⁾.

Ein Irrtum i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn der Irrende von falschen Voraussetzungen ausgeht, an deren Richtigkeit er glaubt³⁰¹⁾. Das RAG³⁰²⁾ hat zu dem Irrtumsbegriff des § 119 Abs. 2 BGB Stellung genommen. Die Ausführungen des RAG, welche die Schwerbeschädigteigenschaft betreffen, sind auch für unseren Problemkreis einschlägig. Darnach ist zu sagen, daß es für den Begriff des Irrtums nicht darauf ankommen kann, ob das Vorhandensein oder „Fehlen der Schwangerschaftseigenschaft überhaupt Gegenstand der Vertragserwägungen des Anfechtenden gewesen ist.“ „Nicht nur die falsche Vorstellung des Wirklichen, sondern auch die bedenkenlose Nichtkenntnis der wirklichen Sachlage (hier Gravidität), soweit es sich um einen für den Abschluß entscheidenden Punkt — wie um wesentliche Eigenschaften in der Person des Vertragsgegners — handelt — erfüllt den Irrtumsbegriff des BGB“³⁰³⁾.

6. Die Unkenntnis der Graviditätseigenschaft (subjektive Erheblichkeit des Irrtums) genügt noch nicht zur Anfechtung des Arbeitsvertrages. Es muß ferner hinzukommen, daß der Arbeitgeber bei „verständiger Würdigung“ des Falles den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, denn § 119 Abs. 2 BGB verweist auf § 119 Abs. 1 BGB³⁰⁴⁾. Der Irrtum des Anfechtenden muß objektiv erheblich sein. Ferner muß der Irrtum über die Schwangerschaftseigenschaft für den Abschluß des Arbeitsvertrages kausal gewesen sein, so daß der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin bei „verständiger Würdi-

³⁰⁰⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 145.

³⁰¹⁾ Soergel-Bauer, Komm. z. BGB 8. Aufl. Anm. II 3.

³⁰²⁾ RAG in ARS Bd. 13, S. 391.

³⁰³⁾ Vgl. auch RGZ Bd. 62, S. 205; a. A. Endemann, BB 1953, S. 268, der im Falle der bedenkenlosen Nichtkenntnis der Vorbestrafteneigenschaft die Anfechtungsmöglichkeit auf Grund § 142 Abs. 2 BGB (... hätte können müssen...) ablehnt.

³⁰⁴⁾ Schnorr von Carolsfeld, aa.O. S. 145; parallel: Zigan, Komm. z. SchwBeschG, Anm. 48 zu § 14; Larenz, Anm. zu AP 1954, Nr. 32; RAGE Bd. 21, S. 109.

gung“ des Falles zurückgewiesen hätte ³⁰⁵⁾. Was man unter „verständiger Würdigung“ versteht, hat das RG ³⁰⁶⁾ definiert:

„Grundsätzlich ist die Frage nur darauf abzustellen, ob der Anfechtende als verständiger Mann gedacht hat, also frei von Eigensinn, subjektiven Launen und törichten Anschauungen, sowie abgesehen von seinem tatsächlichen Irrtum, in der gegebenen Lage von seinem persönlichen Standpunkt aus und nach seinen besonderen Verhältnissen so gehandelt haben würde.“

a) „Verkehrswesentlichkeit“ und „verständige Würdigung“ i. S. d. § 119 BGB sind objektive Maßstäbe bei der Prüfung der Anfechtungsvoraussetzungen.

Man kann, bei Bejahung der Anfechtung, von „verständiger Würdigung“ des Falles nur dann sprechen, wenn die Gravitätätseigenschaft „verkehrswesentlich“ i.S.d. § 119 Abs. 2 BGB ist. Hieraus ergibt sich, daß keiner der beiden Maßstäbe für sich allein anwendbar ist.

Es gibt keine Bejahung der „verständigen Würdigung“ einerseits und Ablehnung der „Verkehrswesentlichkeit“ andererseits und umgekehrt.

Wenn hier gesagt wird, daß Letzteres nicht zuträfe, da die Verkehrsanschauung „nur in der Regel“ die Durchschnittsmeinung verständiger Personen sei ³⁰⁷⁾, so kann dem nicht gefolgt werden, da eine Verkehrsanschauung, die dem nicht entspricht, nicht beachtlich und insbesondere für eine rechtliche Beurteilung nicht entscheidend sein kann und darf.

b) Für eine „ex tunc-Wirkung“ der Anfechtung im Falle des § 119 Abs. 2 BGB (vgl. hierzu oben § 2 C) spricht die, wenn auch nicht überwiegende, personenrechtliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Eine Beziehung von Person zu Person kann jedoch nicht entstehen, bei einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin, da hier die Lage der Dinge in Wirklichkeit derart von der Vorstellung des Arbeitgebers abweicht, daß dieser mit der graviden Arbeitnehmerin keinen Vertrag abgeschlossen hätte, so daß hier gerade die persönliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses die Rückwirkung der Anfechtung rechtfertigt ³⁰⁸⁾.

³⁰⁵⁾ Vgl. hierzu auch: Endemann, BB 1953, S. 268.

³⁰⁶⁾ RGZ Bd. 62, S. 206.

³⁰⁷⁾ Staudinger-Going, Komm. z. BGB Anm. III 4 A b zu § 119.

³⁰⁸⁾ Ramm, a.a.O. S. 19: Mit Recht wird hier auf das Deutsche Beamten-gesetz vom 26. 1. 1937 verwiesen, das auch bei Irrtum über schwerwiegende Vorstrafen, politische Zuverlässigkeit und tatsächliche Fähigkeit an der Anfechtung festhielt (§ 32, Abs. 2, Ziff. 2 und 3; Abs. 3, Ziff. 3 erste Alternative, Ziff. 2).

c) Die Irrtumsanfechtung muß gem. § 121 Abs. 1 BGB „unverzüglich“, d. h. ohne schuldhaftes Zögern erklärt werden, nachdem der Arbeitgeber von der für das konkrete Arbeitsverhältnis wesentlichen Schwangerschaftseigenschaft der Arbeitnehmerin Kenntnis erhalten hat. Andernfalls ist sein Anfechtungsrecht verwirkt³⁰⁹⁾.

Die Ausschußfrist von 30 Jahren (§ 121 Abs. 2 BGB) kann für unseren Problemkreis nicht praktisch werden, da der Arbeitgeber in der Regel spätestens nach sechs Monaten auf Grund der Augenfälligkeit des Schwangerschaftszustandes „Kenntnis“ von diesem erhält. Das MuSchG zwingt schließlich den Arbeitgeber zur Kenntnisnahme zur Zeit des Eingreifens der Beschäftigungsverbote, sowie bei Entstehen der mutterschutzrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers schlechthin auf Grund der §§ 20 ff. MuSchG³¹⁰⁾.

III) Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung :

1. Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung kann praktisch werden, wenn die Arbeitnehmerin „bösgläubig“, d. h. obwohl sie um ihren Zustand wußte, den Arbeitgeber bei Abschluß des Vertrages glauben läßt, daß sie nicht schwanger sei.

Hierbei ist das bloße Verschweigen der Schwangerschaft (passives Verhalten der Arbeitnehmerin), von der ausdrücklichen Verneinung der Schwangerschaft auf Befragen des Arbeitgebers zu unterscheiden, da diese verschiedenen Fälle einer unterschiedlichen rechtlichen Würdigung bedürfen. Dabei kommt es nicht darauf an, daß die werdende Mutter von der Bedeutung ihres Zustandes für den Arbeitgeber, d. h. um die Zumutbarkeit ihrer Schwangerschaftseigenschaft, bzw. der Nichtzumutbarkeit weiß.

Unter Täuschung ist jedes Verhalten zu verstehen, durch das vorsätzlich in einem anderen eine irrige Vorstellung hervorgerufen, bestärkt oder erhalten wird³¹¹⁾.

„Arglistig“ ist diese Täuschung dann, wenn die Hervorrufung bzw. Bestärkung oder Erhaltung des Irrtums im Vertragspartner dazu dient, auf die Entschließung des Erklärenden zu dessen Nachteil bestimmend einzuwirken³¹²⁾, wobei für den Vorsatz bereits das Bewußtsein der täuschenden Arbeitnehmerin genügt, daß durch ihr Verhalten der Arbeitgeber u. U. in seiner Entschließung zu seinem Nachteil beeinflußt werden könnte³¹³⁾.

a) Verschweigt die werdende Mutter während der Vertragsverhandlungen über den Abschluß des Arbeitsvertrages dem Arbeitgeber gegenüber ihren Zustand, so liegt, natürlich vorausgesetzt,

³⁰⁹⁾ Schmaltz, „Die Entlassung“ 1951, S. 22.

³¹⁰⁾ Vgl. hierzu auch: Ramm, a.a.O. S. 73.

³¹¹⁾ Eneccerus-Nipperdey, 14. Aufl. Bd. I, 1, S. 438.

³¹²⁾ RGR Komm. z. BGB 10. Aufl. Anm. 1 zu § 123.

³¹³⁾ RGZ Bd. 62, S. 150.

daß der Arbeitgeber von der Schwangerschaft nichts wußte, eine Täuschungshandlung seitens der Arbeitnehmerin vor, indem sie durch ihr passives Verhalten den diesbezüglichen Irrtum des Arbeitgebers erhält bzw. bestärkt³¹⁴⁾. Problematisch ist jedoch in einem solchen Falle, wann hier der werdenden Mutter Arglist vorgeworfen werden kann und somit die Voraussetzungen für eine Anfechtungslage gem. § 123 Abs. 1 BGB gegeben sind.

aa) Eine „arglistige Täuschung“ kann in dem bloßen Verschweigen der Schwangerschaft nur dann erblickt werden, wenn eine diesbezügliche Offenbarungspflicht seitens der werdenden Mutter gegeben ist³¹⁵⁾. Eine allgemeine, echte Offenbarungspflicht der Schwangeren besteht nicht.

bb) Ob im Einzelfalle eine Redepflicht gegeben ist, ist wiederum an Hand objektiver Maßstäbe zu beurteilen, wobei gesagt werden kann, daß in allen Fällen, in denen Verkehrswesentlichkeit der Graviditätseigenschaft gem. § 119 Abs. 2 BGB angenommen wurde, eine Redepflicht besteht. Ausgenommen die Fälle, in denen die Arbeitnehmerin die Verkehrswesentlichkeit der Schwangerschaft weder kannte noch kennen mußte.

Im Rahmen der Gesamtproblematik der Anfechtung des Arbeitsvertrages sind die Begriffe „Verkehrswesentlichkeit“ (§ 119 Abs. 2 BGB), „verständige Würdigung“ (§ 119 Abs. 1 und 2 BGB) und die „Offenbarungspflicht“ bei arglistiger Täuschung auf Grund bloßen Verschweigens (§ 123 Abs. 1 BGB) an dieselben tatsächlichen Voraussetzungen gebunden (Manequin, Artistin usw.)³¹⁶⁾.

b) Es ist aus der speziellen tatsächlichen Lagerung des konkreten Arbeitsverhältnisses zu entnehmen, ob für die Arbeitnehmerin bei Abschluß des Arbeitsvertrages eine Redepflicht bestand. Hier kann der Ansicht Bulla's³¹⁷⁾ nicht gefolgt werden, der (inkonsequent) eine Offenbarungspflicht dort bejaht, „wo der Arbeitnehmerin erkennbar war oder sein mußte, daß das Arbeitsverhältnis im Zustande der Schwangerschaft nicht durchführbar ist oder doch ganz erhebliche, dem Arbeitgeber deswegen nicht zumutbare Schwierigkeiten mit sich bringt.“

³¹⁴⁾ Eneccerus-Nipperdey, Bd. I, 1, S. 438.

³¹⁵⁾ Bulla Anm. 89 zu § 5; ArbG Heidelberg ARSt I, Nr. 245; LAG Düsseldorf, „Betrieb“ 1953, S. 1095; RGZ Bd. 62, S. 150; LAG Hamburg ARSt VI Nr. 332; ArbG Flensburg, ARSt X Nr. 307; Soergel-Bauer, Komm. z. BGB 8. Aufl. Anm. II, 1 b zu § 123; Staudinger-Coing, Komm. z. BGB Anm. IV 1 A a zu § 123; Rewolle-Koest, Handkomm. zu AR Anm. 1 f. zu § 9; Lehnt bei bloßem Verschweigen eine arglistige Täuschung schlechthin ab.

³¹⁶⁾ Vgl. oben S. 93.

³¹⁷⁾ Anm. 90 zu § 5.

Als subjektive Voraussetzung genügt hier schon, das Bewußtsein der Arbeitnehmerin, daß durch ihr Verhalten der Arbeitgeber in seiner Entscheidung u. U. zu seinem Nachteil beeinflusst werden könnte³¹⁸⁾. Jedoch kann dieses subjektive Moment niemals schon allein für sich eine Offenbarungspflicht begründen, sondern dazu ist das gleichzeitige Vorliegen der besonderen tatsächlichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses nötig, das ein Schwangerssein der Arbeitnehmerin nicht zuläßt.

Ebenso wenig kann dem LAG Düsseldorf³¹⁹⁾ insofern gefolgt werden, als es eine Offenbarungspflicht nur dann annimmt, „wenn erkennbar der Arbeitgeber eine Erklärung über die persönlichen Verhältnisse, einschließlich des Zustandes, ob eine Schwangerschaft vorhanden war, zur Voraussetzung des Arbeitsverhältnisses gemacht hat und die Arbeitnehmerin eine unrichtige Erklärung abgegeben hat“³²⁰⁾. Darauf, was der Arbeitgeber erkennbar zur Voraussetzung des Arbeitsverhältnisses gemacht hat, kommt es nicht an, denn die Redepflicht muß objektiv und nicht nur nach Ansicht irgendeines Vertragspartners bestehen³²¹⁾.

Liegen die subjektiven und objektiven Voraussetzungen für eine Redepflicht vor, so geht die Offenbarungspflicht der Arbeitnehmerin der Erkundigungspflicht des Arbeitgebers vor. Sie handelt bei Nichtbeachtung arglistig³²²⁾. Fehlen die subjektiven Voraussetzungen, so kommt nur eine Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB in Frage.

c) Hat die werdende Mutter bei Abschluß des Arbeitsvertrages nach ausdrücklichem Befragen seitens des Arbeitgebers wider besseres Wissen das Vorliegen einer Schwangerschaft verneint, so bedarf dies einer besonderen rechtlichen Würdigung. Hier liegt im Gegensatz zu dem eben behandelten passiven Verhalten ein positives Tun, eine ausdrückliche Kundgabe vor. In Frage kommt entweder die rein mündliche Versicherung der Nichtschwangerschaft gegenüber dem Arbeitgeber, oder die entsprechenden Angaben in einem Fragebogen.

Es wird der Standpunkt vertreten³²³⁾, daß eine Offenbarungspflicht auch nach ausdrücklichem Fragen seitens des Arbeitgebers nicht

³¹⁸⁾ RGZ Bd. 62, S. 150.

³¹⁹⁾ „Betrieb“ 1953, S. 1095.

³²⁰⁾ LAG Hamburg, ARSt VI, Nr. 332, das auch fälschlich auf das subjektive Erkennen abstellt.

³²¹⁾ RGZ Bd. 62, S. 150: „Es reicht zu, ist aber auch notwendig, daß der Verschweigende etwas nicht sagt, dessen Mitteilung der andere Teil unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf“; Bd. 69, S. 15.

³²²⁾ Bulla, Anm. 90 zu § 5; Endemann, BB 1953, S. 266 (Vorbestrafteneigenschaft).

³²³⁾ Bulla, Anm. 92 zu § 5.

gegeben sei, da hierdurch die Rechtsposition der Arbeitnehmerin nicht verschlechtert werden dürfe, eine Offenbarungspflicht bestehe also auch in einem solchen Fall nur, wenn das geplante Arbeitsverhältnis sie ausnahmsweise erfordert. Eine Anfechtung gem. § 123 BGB sei nur unter dieser Voraussetzung möglich. Einschränkend wird jedoch betont, daß die ausdrückliche Befragung ein Anzeichen dafür sei, daß möglicherweise ein „besonderes Arbeitsverhältnis mit Offenbarungspflicht“ geplant sei, wobei die „Erkundigungspflicht“ dann auf seiten der Arbeitnehmerin sei. Es ist richtig, daß das „ausdrückliche Befragen“ der Arbeitnehmerin nach einer evtl. Gravidität, deren Rechtsposition nicht schlechthin dahingehend beeinträchtigen kann, daß dadurch eine Offenbarungspflicht begründet würde (vgl. hierzu oben § 1 B II). Hierauf kann es jedoch in diesem Zusammenhang nicht ankommen. Hat die Arbeitnehmerin wider besseres Wissen die Tatsache der Schwangerschaft ausdrücklich verneint, so kann hier die Frage nach einer Offenbarungspflicht der Arbeitnehmerin nicht mehr von Interesse sein.

Der § 123 Abs. 1 BGB kann nur zur Anwendung kommen, wenn eine entsprechende Anfechtungslage gegeben ist. Voraussetzung für das Vorliegen einer solchen ist jedoch eine Offenbarungspflicht nur, wenn eine Täuschung auf Grund Verschweigens vorliegt und wenn nach Verkehrsanschauung und unter Beachtung der sittlichen Pflicht der Rücksichtnahme auf die werdende Mutter eine Mitteilung erfolgen mußte. Ob hier eine Offenbarungspflicht seitens der Arbeitnehmerin vorlag, kann nicht mehr geprüft werden, da die Arbeitnehmerin bösllich (wider besseres Wissen), zum Zwecke der Täuschung eine falsche Offenbarung getätigt hat und somit den Tatbestand des § 123 BGB erfüllt hat.

Auch das LAG München³²⁴⁾ ist m. E. zu weit gegangen, indem es zwar bei Verneinung der Gravidität wider besseres Wissen auf ausdrückliches Befragen hin, die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB zugelassen hat, jedoch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, daß die Arbeitnehmerin gewußt haben mußte, daß sie die vereinbarte Tätigkeit nicht leisten konnte.

Diese Lösung kann nicht befriedigen, da das Gesetz eine derartige Anfechtungsvoraussetzung nicht kennt und auch der Tatbestand der arglistigen Täuschung nicht durch dieses subjektive Bewußtsein der Arbeitnehmerin bedingt ist³²⁵⁾.

In diesem Zusammenhang soll auch der besondere Fall erwähnt werden, daß der Arbeitgeber zwar nicht ausdrücklich nach der Schwangerschaft fragt, sondern nach der Fähigkeit der Arbeit-

³²⁴⁾ Amtsbbl. Bayer. Arb. Min. 1953, S. C 169.

³²⁵⁾ Bulla, Anm. 91 zu § 5.

nehmerin, die konkrete Arbeit zu verrichten. Hat die Arbeitnehmerin wider besseres Wissen bejaht und ist sie zur Verrichtung der Arbeit auf Grund ihrer Gravidität (sei es aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen) nicht im Stande, so hat sie durch positives Tun arglistig getäuscht und der Arbeitgeber kann gem. § 123 Abs. 1 BGB anfechten, ohne daß es sich um einen Fall der Redepflicht handeln müßte.

2. Betrachtet man die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtswinkel des arbeitsrechtlichen Zieles schlechthin, so kommt man zu dem Ergebnis, daß die Ablehnung auch dieses Anfechtungstatbestandes im Arbeitsrecht eine unbillige Benachteiligung des Arbeitgebers darstellt und im Rahmen eines gerechten Ausgleichs der Interessen der Vertragspartner keinen Platz finden kann ³²⁶⁾.

Die Arbeitnehmerin hat arglistig getäuscht. Sie hat somit objektiv rechtswidrig, d. h. normenwidrig gehandelt. Es kann nicht Sinn und Zweck des Mutterschutzrechtes sein, rechtswidrig herbeigeführte Verträge unangreifbar zu machen ³²⁷⁾. Es kann sich die arglistig Handelnde auch nicht auf das MuSchG berufen, da dieses einen „Anfechtungsschutz“ nicht kennt und ebenso wenig den Arbeitgeber zwingen will, eine werdende Mutter einzustellen. Es ist ferner zu berücksichtigen, daß die Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB nicht nur im Interesse des Arbeitgebers, sondern im Interesse aller gegeben ist, wie die strafrechtlichen Sanktionen in §§ 263 und 239 StGB zeigen ³²⁸⁾.

a) Das ArbG Essen ³²⁹⁾ hat mit Recht den Standpunkt vertreten, daß der Arbeitgeber berechtigt sei, vor Abschluß des Vertrages von der Arbeitnehmerin eine Erklärung oder eine ärztliche Untersuchung zu verlangen über ihre evtl. Gravidität. Wenn dem entgegengehalten wird, daß es sich hier um die Statuierung einer allgemeinen Offenbarungspflicht handle, so ist das aus logischen Gründen abzulehnen. Von einer „Offenbarung“ kann nur gesprochen werden, wenn die Arbeitnehmerin ohne jede Einwirkung seitens des Arbeitgebers ein ihr nicht verbotenes Schweigen bricht und Mitteilung erstattet. Fragt jedoch der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin ausdrücklich oder ordnet er eine Untersuchung an, so wird dadurch noch keine Offenbarungspflicht statuiert, denn die Arbeitnehmerin ist grundsätzlich nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber über ihren Zustand Auskunft zu geben.

³²⁶⁾ ArbG Essen, BB 1953, S. 800; Eisel, „Das MuSchG und seine Auslegung“ 1953, S. 41; Rewolle-Koest, Handkomm. zu AR 1953, Anm. 1 f. zu § 9.

³²⁷⁾ A.A. Frey „Arbeit und Recht“ 1953, S. 169; ArbG Flensburg ARSt X Nr. 307.

³²⁸⁾ Ramm, a.a.O., S. 19 und 38.

³²⁹⁾ ArbG Essen, BB 1953, S. 800; LAG Hamburg, ARSt VI, Nr. 332.

Der Arbeitgeber kann jedoch aus der Verweigerung der Antwort bzw. der Untersuchung die entsprechenden Schlüsse ziehen und einen Vertrag mit der Arbeitnehmerin nicht abschließen.

b) Eine Verneinung der Anfechtbarkeit gem. § 123 Abs. 1 BGB aus Gründen, wie sie R a m m darlegt, kann nicht befriedigen. Er geht bei seiner grundsätzlichen Ablehnung der Anwendbarkeit des § 123 Abs. 1 BGB im Arbeitsrecht davon aus, daß im Falle des § 119 Abs. 2 BGB „der Privatautonomie um der Erhaltung der Privatsphäre des Arbeitnehmers, seiner Resozialisierung oder sozialpolitischer Gründe willen enge Grenzen gezogen seien.“ Diese Grenzziehung dürfe jedoch über § 123 Abs. 1 BGB nicht wieder beseitigt werden ³³⁰⁾.

Die Bestimmungen der §§ 119 Abs. 2 und 123 BGB beinhalten zwei an vollkommen unterschiedliche Voraussetzungen gebundene Anfechtungstatbestände, die in jedem Falle einer getrennten rechtlichen Würdigung bedürfen. Sind auch der Privatautonomie im Falle des § 119 Abs. 2 BGB gewisse Grenzen gesetzt, so kann jedoch diese Überlegung bei Prüfung der Anwendbarkeit des § 123 Abs. 1 BGB keine Rolle spielen.

Abzulehnen ist ebenfalls der Standpunkt R a m m ' s , daß der Arbeitnehmerin ein „Recht zu unwahren Angaben“ zustehe. R a m m will hier ein allgemeines Recht zu „unwahren Angaben“ in all den Fällen statuieren, „in denen die Entscheidung der Arbeitnehmerin bei der Einstellung eingeschränkt ist“. Dies geht nicht an und auch das Beispiel der beschränkten Auskunftspflicht des Vorbestraften, die in einem speziellen Rechtsbegriff in ganz speziellen Fällen gegeben ist und keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt, kann den genannten Standpunkt nicht überzeugend begründen. Die Einräumung des „Rechts zur Lüge“ würde einer Gestattung des „privatrechtlichen Betrugs“ gleichkommen. Da R a m m im Ergebnis § 123 BGB nur zur Anwendung kommen lassen will „wenn eine werdende Mutter sich in Kenntnis der Schwangerschaft um einen Posten bewirbt, den sie nach § 4 MuSchG nicht ausfüllen darf, oder für den sie unverwendbar ist“ (Sängerin, Schauspielerin, Vorführdame), liegt hier eine sehr enge Begrenzung der Privatautonomie vor, wo eine solche aus den genannten Gründen nicht am Platze ist ³³¹⁾.

3. P r o b l e m a t i s c h gestaltet sich in praxi die Durchführung der Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB auf Grund der e r h e b l i c h e n B e w e i s s c h w i e r i g k e i t e n , die hinsichtlich der Bösgläubigkeit der Arbeitnehmerin, d.h. hinsichtlich des Wissens um ihren Zustand, auftreten. Die Folge hiervon ist, daß in vielen Fällen, in

³³⁰⁾ R a m m , a.a.O. S. 67.

³³¹⁾ R a m m , a.a.O. S. 67 und 68.

denen zwar „Bösgläubigkeit im obigen Sinne vorgelegen hat, der Arbeitgeber den Beweis hierfür jedoch nicht führen kann und ihm somit nur eine Anfechtung gem. § 119 Abs. 2 BGB bleibt, die jedoch nur unter den behandelten Voraussetzungen möglich ist. Diese vom Gesetzgeber nicht gewollte Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit entwertet die theoretisch ungleich stärkere Rechtsposition des Arbeitgebers.

a) Bei dem Versuch, eine vertretbare juristische Lösung zur Überwindung dieser beweistechnischen Schwierigkeiten zu finden, muß von den heute feststehenden medizinischen Erkenntnissen als tatsächlicher Grundlage ausgegangen werden. Es soll deshalb in diesem Zusammenhang ein Abschnitt aus dem „Lehrbuch der Frauenheilkunde“ von „Weibel — Antoine“ (8. Aufl. Bd. 8, S. 89) zitiert werden:

„Eine Amenorrhöe (Fehlen bzw. Ausbleiben der Regelblutung) kann u. U. aus anderen Gründen eintreten, **doch ruft sie bei geschlechtsreifen Frauen als frühestes Symptom den Verdacht einer Schwangerschaft hervor und das mit Recht, weil ein Fortdauern regelmäßiger Blutungen nach eingetretener Konzeption zu den Ausnahmen gehört.** Doch kommt es manchmal vor, daß um die Zeit der fälligen Periode herum nach erfolgter Implantation des befruchteten Eies in abgeschwächtem Maße noch Blutungen auftreten, wodurch u. U. bei der Berechnung des wahrscheinlichen Geburtstermines Irrtümer unterlaufen können. **Es handelt sich dabei natürlich nicht um echte Menstruationen, die eine Ovulation zur Voraussetzung haben“.**

S. 94: „Es stehen uns derzeit in Form der biologischen Proben Möglichkeiten zur Verfügung, die Diagnose einer Schwangerschaft ohne jede Untersuchung der Graviden stellen zu können (z. B. Aschheim-Zaudeck-Test; Hoffmann-Friedmann-Test; Hogben-Test und Adler-Kapeller-Test). Abgesehen von diesen noch jungen Methoden, welche in erster Linie für fragliche Schwangerschaft am Beginn eine große Rolle spielen, verfügen wir auch über eine Reihe von klinischen Symptomen, welche die Stellung einer Diagnose einer jungen Gravidität möglich machen. Bei wiederholter Beobachtung, läßt sich das ständige Wachstum des Uterus feststellen.

Schon von der Mitte der Schwangerschaft ab fühlt die Mutter die Kindsbewegungen, bei wiederholter Schwangerschaft schon etwas früher.“

b) An Hand dieser medizinischen Grundlagen ist zu sagen, daß jede geschlechtsreife und geistig normal veranlagte Frau, welche ein Mindestmaß an Wissen bezüglich der Folgen des Fehlens bzw. Ausblei-

bens der Regelblutung besitzt, spätestens nach zweimaligem Ausbleiben der Periode zumindest mit der Möglichkeit des Eintritts der Konzeption rechnet bzw. rechnen muß, was ersterem gleichzusetzen ist.

Nach einem Zeitablauf von $4\frac{1}{2}$ Monaten seit Eintritt der Konzeption kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die Arbeitnehmerin um ihre Schwangerschaft positiv weiß. Befindet sich also die Arbeitnehmerin bei Verneinung der Gravidität bereits in diesem Stadium der Schwangerschaft, so ist die Anwendung des § 123 BGB unbedenklich.

War die Periode der Arbeitnehmerin vor Abschluß des Vertrages bereits zweimal ausgeblieben, was sich im Wege der klinischen Diagnose z. Z. der Anfechtung feststellen läßt (wobei meistens erst bei äußerlicher Erkennbarkeit des Zustandes seitens des Arbeitgebers angefochten wird), so kann ebenfalls gem. § 123 BGB angefochten werden, denn zur Begründung der Arglist genügt auch das Vorliegen eines „Eventualvorsatzes“.

„Arglist liegt jedenfalls dann vor, wenn der Erklärende weiß, daß seine Angabe für den Geschäftsgegner erheblich ist“ (dies ist in diesem Zusammenhang auf Grund der Bestimmungen des MuSchG der Fall) „und er dabei mit der Möglichkeit rechnet, daß sie der Wahrheit nicht entspricht“³³²⁾.

Die Arbeitnehmerin muß auch dann mit dem Eintritt der Konzeption rechnen, wenn sog. „Nachblutungen“ bei ihr aufgetreten sind, da diese, wie oben zitiert, einer Menstruation nicht entsprechen, völlig unregelmäßig und unzusammenhängend auftreten und selbst vom medizinischen Laien ohne weiteres von einer Menstruation unterschieden werden können.

Ausnahmesweise wird man trotz der erwähnten tatsächlichen Voraussetzungen eine Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB nicht zulassen, wenn einer der seltenen Fälle der „Anomalie“ der Menstruation vorliegt. Beweis pflichtig hierfür ist die werdende Mutter an Hand eines ärztlichen Gutachtens. Praktische Schwierigkeiten dürften diesbezüglich nicht bestehen, da grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, daß Frauen, bei denen derartige Komplikationen auftreten, sich bereits in ärztlicher Behandlung befinden oder zumindest befanden.

³³²⁾ RG JW 1936, S. 988.

Gedanken „de lege ferenda“.

I. Ausgangspunkt:

„Die Mitteilungspflicht des § 5 Abs. 1 MuSchG — ihre Verletzung und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen —“; die Problematik dieses unter §§ 1 und 2 bearbeiteten Themas ist, mit Ausnahme der Frage nach der Anfechtbarkeit (§ 2 C), weitgehendst durch die nachgiebige Regelung des § 5 Abs. 1 MuSchG bedingt.

1. Es ist durch die dispositive Abfassung des § 5 Abs. 1 MuSchG eine „Verkomplizierung“ „eines Teils des mutterschutzrechtlichen Arbeitsschutzrechtes bewirkt worden, welche der BT³³³⁾ damit zu rechtfertigen suchte, daß der werdenden Mutter die gesamten „Einstellungschancen“ erhalten bleiben sollen und außerdem die Begründung einer zwingenden Rechtspflicht einen unzulässigen Eingriff in die Individualsphäre der Arbeitnehmerin darstellen würde. Dies ist auch nahezu einhellige Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung³³⁴⁾. Ob es zweckmäßig war, den in der Bundestagssitzung vom 12. 12. 1951 gestellten Abänderungsantrag, der auf eine „echte Verpflichtung“ der werdenden Mutter zur Abgabe der Meldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG abstellte, im Wege der Abstimmung abzulehnen, soll im folgenden untersucht werden.

Der BT wollte am 12. 12. 1951 zu Gunsten der werdenden Mutter entscheiden; ob dieses Ziel erreicht wurde, ist in Anbetracht der derzeitigen Rechtslage zumindest fraglich.

2. Bulla, der ebenfalls der dispositiven Abfassung des § 5 Abs. 1 MuSchG zustimmt³³⁵⁾, sagt u. a.³³⁶⁾:

„Die Vorstellung des MuSchG ist es, der werdenden Mutter, wenn sie zur Erwerbsarbeit genötigt ist, im Interesse ihrer selbst und des heranreifenden Kindes, den gesetzlichen Mutterschutz zuteil werden zu lassen, ohne daß sie durch diesen notwendigen Schutz in anderer Beziehung im Erwerbsleben benachteiligt werde“.

Ob die dispositive Abfassung des § 5 Abs. 1 MuSchG im Sinne dieser „Tendenz“ des MuSchG liegt, muß in Anbetracht der praktischen Auswirkungen der derzeitigen rechtlichen Regelung bezweifelt werden. Die Mängel des gegenwärtigen Rechtszustandes sind mannigfaltig und sollen zunächst an Hand von Beispielen aufgezeigt werden.

³³³⁾ Bericht über die Sitzung d. BT am 12. 12. 1951 (S. 7525 C); vgl. oben S. 37.

³³⁴⁾ Vgl. oben § 1 B; insbesondere Bulla Anm. 17 zu § 5.

³³⁵⁾ Anm. 12 ff. zu § 5.

³³⁶⁾ Anm. 17 zu § 5; Larenz, AP 1954, Nr. 30.

a) Vergleicht man die oben S. 8 und 9 zitierten Beispiele besonders grober Verstöße gegen das MuSchG, welche in praxi tatsächlich vorgekommen sind und die in ähnlicher tatsächlicher Lagerung im Arbeitsleben immer wieder vorkommen werden, so wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, daß größtenteils die Ursache für derartige Verstöße (hier abgesehen von dem Verhalten des Arbeitgebers) in der nachgiebigen Regelung des § 5 Abs. 1 MuSchG zu erblicken ist. Namentlich in den Fällen der §§ 4 und 8 MuSchG von dem Eintritt der Konzeption an, ist es dem Arbeitgeber trotz seiner arbeitgeberischen Eigenverpflichtung nicht möglich, die Beschäftigungsverbote zu beachten, wenn die werdende Mutter aus Scheu oder (in Unkenntnis des MuSchG) aus Angst, den Arbeitsplatz zu verlieren oder sonstige finanzielle Nachteile zu erleiden (vgl. oben S. 6 und 7), ihren Zustand verheimlicht.

Folge: Schwerste gesundheitliche Schädigungen von Mutter und Kind (vgl. S. 8 und 9: Silikose-Erkrankung, Hervorrufung einer totalen Überanstrengung der werdenden Mutter, deren Folge Frühgeburten oder u. U. sogar Fehlgeburten sein können; schwerste Beeinträchtigung des werdenden Lebens durch ständiges Heben schwerer Lasten) (vgl. oben S. 10 — Bedienen einer Besäumsäge).

Wirkt hier die dispositive Regelung des § 5 Abs. 1 MuSchG i.S.d. „Tendenz“ des MuSchG?

b) Das LAG Freiburg/Br.³³⁷⁾ hat zu Recht festgestellt, daß „etwaige, dem Arbeitgeber auferlegte Sorgfalts- oder Erkundigungspflichten besonders von unverheirateten Frauen weitgehendst als Kränkung oder unzumutbare Einmischung in ihr Privatleben aufgefaßt werden.“

Die sog. „Erkundigungspflicht“ des Arbeitgebers muß von der Arbeitnehmerin (insbesondere der unverheirateten) als „kränkende Einmischung in ihr Privatleben“ aufgefaßt werden. Ursache hierfür ist wiederum die nachgiebige Regelung des § 5 Abs. 1 MuSchG. Wäre die Arbeitnehmerin zur Mitteilung verpflichtet, so entfielen eine derartige „Erkundigungspflicht“ auf seiten des Arbeitgebers.

c) Schulte-Langforth³³⁸⁾ hat gesagt: „§ 5 Abs. 1 MuSchG stellt keine echte Rechtspflicht der Frau auf, sondern will ihr nur in ihrem eigenen Interesse ein bestimmtes Verhalten nahelegen“. Damit ist die in diesem Zusammenhang zu erörternde Kernfrage angezeigt, denn es liegt auf der Hand, daß die Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG zumindest bei bestehendem Arbeitsverhältnis nur zu Gunsten der Arbeitnehmerin wirkt. Die Garantiefunktion des § 5

³³⁷⁾ ARSt XI, Nr. 461.

³³⁸⁾ BB 1953, S. 738.

Abs. 1 MuSchG ist jedoch auf Grund seines dispositiven Rechtscharakters weitgehend abgeschwächt (vgl. oben S. 10 u. 11).

d) Ebensowenig kann es der Tendenz des MuSchG entsprechen, wenn man in den Fällen der sog. „Wandlung der Rechtsnatur“ des § 5 Abs. 1 MuSchG (vgl. oben S. 38 u. 39) der Arbeitnehmerin, die meistens keinerlei kaufmännische Kenntnisse bzw. kaufmännischen Weitblick besitzt, zumutet, zu entscheiden, ob sie zur Offenbarung verpflichtet ist oder nicht, abgesehen von vollkommen eindeutigen Fällen der Unzumutbarkeit.

e) Die Gefahrenlage auf seiten des Arbeitgebers ist auf Grund der dispositiven Regelung des § 5 Abs. 1 MuSchG eine erhebliche (vgl. oben S. 32). Die sog. mutterschutzrechtliche Eigenverpflichtung des Arbeitgebers zur Einhaltung der Beschäftigungsverbote bzw. des Kündigungsverbots (Ausfluß der derzeitigen Regelung in § 5 Abs. 1 MuSchG), erlegt dem Arbeitgeber oft schwierigste Aufgaben auf und setzt ihn ständig einer erhöhten Gefahr zivilrechtlicher Haftung, ja sogar (§§ 20 ff. MuschG) strafrechtlicher Verantwortlichkeit aus.

Kann die Schaffung einer derartigen Gefahrenlage in Anbetracht des arbeitsrechtlichen Zieles schlechthin gerechtfertigt sein, auf dessen Erreichung aus das MuSchG abstellt?

f) Auch die außergewöhnliche Problematik der Haftungsfragen (vgl. oben S. 59 ff. und S. 63 ff.) ist weitgehendst durch die dispositive Fassung des § 5 Abs. 1 MuSchG bedingt. Wäre § 5 Abs. 1 MuSchG ius cogens, so würde sich die Haftungsfrage wesentlich vereinfachen.

II. Lösungsvorschlag:

Alle die unter I., 2a—f aufgezeigten erheblichen Mängel der derzeitigen Regelung der Meldepflicht in § 5 Abs. 1 MuSchG deuten darauf hin, daß die genannte Bestimmung eine ungenügende Fassung besitzt, die der „Tendenz“ des MuSchG und damit den Interessen der werdenden Mutter nicht gerecht werden kann.

1. Sämtliche genannten Mängel entfallen, wenn man die werdende Mutter verpflichtet, ihren Zustand zu offenbaren, indem man die Mitteilung in § 5 Abs. 1 MuSchG zwingend vorschreibt. Welche Regelung (ius cogens oder ius dispositivum) entspricht der „Tendenz“ des MuSchG mehr?

a) Daß hier zumindest in Anbetracht des „laufenden Arbeitsverhältnisses“ die zwingende Regelung vorzuziehen ist, liegt auf der Hand.

Das Interesse der werdenden Mutter an einer weitestgehend gebotenen Garantie der Wohltaten des MuSchG durch zwingende Formulierung des § 5 Abs. 1 MuSchG übersteigt in jedem Falle das Interesse der Arbeitnehmerin am sog.

„Schutz ihrer Individualsphäre“, welcher in Anbetracht der mutterschutzrechtlichen Eigenverpflichtung des Arbeitgebers und der damit im Zusammenhang stehenden Erkundigungspflicht desselben, nahezu nur noch „theoretische Bedeutung“ besitzt. Die Gesundheit von Mutter und Kind und die Schaffung klarer Rechtsverhältnisse haben vor der Beachtung eines nahezu rein theoretischen Schutzes der Arbeitnehmerin Berücksichtigung zu finden.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der für diese Auffassung spricht, ist die oben S. 31 aufgezeigte³³⁹⁾ Möglichkeit des Arbeitgebers, im Falle der Zeugnisverweigerung seitens der Arbeitnehmerin (entgegen § 5 Abs. 1 S. 2 MuSchG), sich auf dem Wege über das GAA Gewißheit über den Zustand der Arbeitnehmerin zu verschaffen. Hierin ist bereits eine Abschwächung des dispositiven Grundsatzes des § 5 Abs. 1 MuSchG zu erblicken, im Interesse des Arbeitgebers.

b) Man wird dem hier vertretenen Standpunkt hinsichtlich der „Eingehung des Arbeitsverhältnisses“ entgegenhalten, daß die „Verringerung der Einstellungschancen der Schwangeren“ (vgl. oben S. 37) bei Meldung ihres Zustandes, mit ein wesentliches Moment darstellte, warum der BT sich für eine dispositive Regelung des § 5 Abs. 1 MuSchG aussprach. Die praktische Lösung dieses Problems soll im folgenden behandelt werden.

2. Die praktische Durchführung der zwingend vorgeschriebenen Mitteilung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG und der praktische Ausgleich für die „Verringerung der Einstellungschancen“ auf Grund der echten Meldepflicht haben gemäß den nachstehenden Gesichtspunkten zu erfolgen:

a) Um einerseits eine Verletzung der Individualsphäre der werdenden Mutter zu vermeiden und dabei andererseits trotzdem eine nahezu umfassende Garantie der Berücksichtigung der Bestimmungen des MuSchG zu erreichen, soll die zwingend vorgeschriebene Schwangerschaftsmeldung der werdenden Mutter nicht mehr, wie bisher, gegenüber dem Arbeitgeber erfolgen,

sondern gegenüber einer, bei dem jeweiligen GAA errichteten „Vertrauensstelle“, wobei der werdenden Mutter nachzulassen ist, die Mitteilung entweder schriftlich oder mündlich zu machen.

Das GAA ist über die genannte „Vertrauensstelle“ anzuhalten, dem Arbeitgeber unverzüglich vom dem Zustand der Arbeitnehmerin seinerseits Meldung zu erstatten. Außerdem soll das GAA (Vertrauensstelle) der werdenden Mutter um-

³³⁹⁾ Bulla, Anm. 51 zu § 5.

gehend einen allgemein verständlichen Vordruck zuleiten, der diese in vollem Umfang über die einschlägigen Vorschriften des MuSchG und insbesondere über das ihr auf Grund der Beschäftigungsverbote zustehende Leistungsverweigerungsrecht und den erweiterten mutterschutzrechtlichen Kündigungsschutz aufklärt.

b) Was die „Verminderung der Einstellungschancen“ bei Meldung gem. § 5 Abs. 1 MuSchG während der Einstellungsverhandlungen betrifft, so ist hier die praktische Lösung auf dem Wege zu finden, den man bei der Abfassung des SchwBeschG vom 16. 6. 1953³⁴⁰⁾ gegangen ist.

Es ist in das MuSchG eine, dem § 3 SchwBeschG entsprechende Bestimmung aufzunehmen, welche eine „Beschäftigungspflicht hinsichtlich werdender Mütter“ zum Gegenstande hat, wobei der sog. „Pflichtsatz“ durch statistische Ermittlungen über die GAA zu ermitteln ist³⁴¹⁾. Es müßte dann jeder Betrieb einen bestimmten Prozentsatz werdender Mütter beschäftigen. Ebenso ist eine, den Bestimmungen der §§ 10, 11 SchwBeschG ähnliche Regelung bei werdenden Müttern angebracht, sowie die Statuierung entsprechender Strafsanktionen, bei Verletzung der „Einstellungspflicht“. Systematisch zweckmäßig wären die Vorschriften über die „Beschäftigungspflicht“ im 2. Abschnitt des MuSchG niederzulegen im Anschluß an die allgemeinen Vorschriften des 1. Abschnitts. Während die Strafsanktion innerhalb der Bestimmung des § 20 MuSchG ihre Regelung zu finden hätte.

3. Die Bestimmung des § 5 Abs. 1 MuSchG hätte auf Grund des hier gegebenen Lösungsvorschlags zu lauten:

„Abs. 1: Werdende Mütter müssen gegenüber dem zuständigen GAA (Vertrauensstelle) ihre Schwangerschaft und den mutmaßlichen Tag der Niederkunft mitteilen. Das GAA hat den Arbeitgeber nach erfolgter Mitteilung unverzüglich zu benachrichtigen. Auf Verlangen des Arbeitgebers soll die Arbeitnehmerin das Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme vorlegen.

Abs. 2: ...

Abs. 3: ...“

Die hier „de lege ferenda“ vorgeschlagene Lösung stellt m. E. im Falle ihrer praktischen Verwirklichung einen sozialpolitischen Fortschritt dar, auf Grund der Verbesserung der rechtlichen Situation bei der Arbeitsvertragspartner.

³⁴⁰⁾ BGBl. 1953, I, Nr. 18, S. 389.

³⁴¹⁾ §§ 5, 6, 34 SchwBeschG.

LEBENS LAUF

Am 2. 4. 1931 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Josef Fischer und dessen Ehefrau Gertrud Fischer, geb. Jäger, in München geboren. Von meinem 6. bis zu meinem 10. Lebensjahr besuchte ich die Volksschule an der Kirchenstraße. Im Jahre 1941 trat ich in die Luitpold-Oberschule über, an der ich 1950 die Reifeprüfung ablegte.

Sodann widmete ich mich dem Studium der Rechte an der Universität München für die Zeit von 7 Semestern. Im Sommer 1954 legte ich in München die erste juristische Staatsprüfung mit Erfolg ab. Daran anschließend widmete ich mich noch für eine Zeit von 2 Semestern dem Studium der Rechte an der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen.

Herr Prof. Dr. Schnorr von Carolsfeld hatte die große Güte, meine Arbeit zur Berichterstattung zu übernehmen. Ihm und dem Herrn Mitberichterstatteer sei an dieser Stelle aufrichtiger Dank für das meiner Arbeit entgegengebrachte Interesse ausgesprochen.

München, den 3. Juli 1956

Hans Fischer

